DIREITO ADMINISTRATIVO

GENERALIDADES

A *Administração Pública* tem que cumprir uma observância rigorosa da ética, diferentemente da administração privada. O ato administrativo além de legal tem que ser moral, sob pena da sua nulidade. As *fontes do Direito Administrativo* (DA) são praticamente as mesmas do Direito.

O *Poder Administrativo* é hierárquico, disciplinar, regulamentar e tem poder de polícia. *Poder de Polícia* é o poder que o Estado tem de interferir no particular. O *controle de fiscalização* do Poder Administrativo pode ser feito pelos superiores hierárquicos do próprio poder administrativo (fiscalização interna), pelo poder Legislativo ou pelo poder Judiciário. O Estado é responsável pelos *atos civis* praticados pelos seus Agentes Administrativos, facultando-lhe ação regressiva contra estes (teoria da responsabilidade objetiva).

Poder Público -> fiscalização e estabelecimento de regras. A fiscalização do poder público pode ser interna e externa. Através da fiscalização interna os superiores hierárquicos fiscalizam os inferiores.

Ato Administrativo -> é uma espécie de ato jurídico que cria, modifica ou extingue direito, praticado pela administração com finalidade pública (Ex.: anulação, revogação etc.).

CARACTERÍSTICAS DO DA

Segundo os juristas franceses Ducrock, Batbier e Gianquito o DA concentra-se no estudo do sistema de leis que rege a Administração Pública; já os juristas italianos Meucci, Ranelleti e Zanobini afirmam que o DA detém-se no estudo dos atos administrativos do Poder Executivo.

Crítica: a Escola Francesa estaria colocando o DA (que é uma ciência) na condição de que as pessoas seriam meras organizadoras do DA no país. O DA seria apenas um catalogador de leis. Somente aquilo que estivesse disciplinado na lei é que seria verdadeiro. Na prática, o que acontece é que as leis é que são influenciadas pela Ciência do Direito, da mesma forma pelo DA. É o estudo do Direito que vai possibilitar a produção das leis. A Escola Italiana também revela uma deficiência. De acordo com a teoria de Montesquieu da Tripartição dos Poderes, eles seriam independentes entre si. Mas, atualmente o que se vê é que o Estado desenvolve várias atividades ou funções (administrativa, legislativa e judiciária) dentro de cada um dos poderes constituídos. Assim temos que o Poder Legislativo não só legisla mas também exerce atividades administrativas e jurisdicionais (não são atividades prevalentes). Um parlamentar pode ser cassado pelos seus pares, caso venha a praticar atos contrários ao decoro parlamentar (atividade administrativa). Da mesma forma o Poder Executivo também pode legislar quando através de decretos regulamentares regulamentam leis editadas pelo Poder Legislativo ou quando faz matéria de sua típica competência (por exemplo, regulamentando uma praça de esportes para seu uso). Trata-se do uso do poder normativo. Pode ter atividade jurisdicional quando por exemplo, julga infrações de natureza grave dos seus servidores. O Poder Judiciário, por sua vez, vale-se das mesmas prerrogativas concedidas aos outros dois Poderes.

CONCEITUAÇÃO DO DA

1) *Segundo autores estrangeiros*:

a) *Foignet*-> o DA regula os órgãos inferiores enquanto que o Direito Constitucional regula os órgãos superiores da Administração Pública;

b) *Berthelemy*-> o DA cuida de todos os serviços públicos que secundam a execução das leis, excluídos os da justiça;

c) *Laferrière*-> o DA ordena os serviços públicos e regula as relações entre a administração e os administradores. De acordo com estes autores, há uma mistura dos critérios objetivos e subjetivos para a conceituação do que vem a ser o DA;

2) *Segundo autores nacionais*:

a) *Barros Jr*.-> o DA é um conjunto de princípios jurídicos que disciplina a organização e a atividade do P. Executivo, inclusive dos órgãos descentralizados, bem como as atividades tipicamente administrativas exercidas pelos outros poderes. Ex: atividade descentralizada dos serviços de água e esgoto dos Municípios;

b) *Temístodes B. Cavalcante*-> o DA é um conjunto de princípios e normas jurídicas que preside a organização e o funcionamento dos serviços públicos;

c) *Mário Mazagão*-> o DA é o conjunto dos princípios que regula a atividade jurídica do Estado, exceto a judiciária e a instituição dos meios e órgãos de sua ação geral;

d) *José Cretela Jr*.-> o DA é o ramo do D. Público Interno que regula a atividade jurídica do Estado, não contenciosa e a constituição dos órgãos e meios de sua ação geral;

e) ***Hely Lopes Meirelles***-> *o DA é o conjunto harmônico de princípios jurídicos que rege os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*.

O DA é o conjunto de princípios jurídicos harmônicos entre si que têm a finalidade de reger os órgãos (órgão é onde existe concentração de competência), os agentes (aqueles que trabalham nos órgãos) e as atividades públicas (sejam estas atividades de interesse público ou apenas de organização da vida em comunidade). Esses princípios regem para que sejam realizados os fins desejados pelo Estado. E esses fins são os fins por nós desejados, aqueles que estão na CF. São os fins que o Estado brasileiro deseja. O Estado é abstrato, é a Administração Pública quem vai administrá-lo. E a Administração Pública é por sua vez regrada pelo DA. Esta atividade regrada pelo DA é concreta e direta, em contraposição à judicial que é indireta. Essas atividades administrativas, além de concretas são diretas e imediatas.

RAMOS DO DIREITO

Direito é o conjunto de normas impostas coativamente pelo Estado.

Pode ser substantivo (positivo) ou adjetivo (processual). O direito positivo divide-se em público e particular. O *Direito Público* destina-se a disciplinar os direitos da comunidade. Diz respeito à comunidade estruturando-lhe a organização de serviços, direitos individuais e na repressão dos delitos. Regula as relações entre o homem e o Estado ou entre a sociedade e o Estado. No direito público sempre o Estado está presente. O *Direito Privado* é o conjunto de normas que regulam as relações entre os particulares ou seja, disciplinam as relações entre os homens tendo em vista o interesse particular entre os indivíduos. Se a norma jurídica se relaciona com o homem e o Estado, é norma pública; se com o particular, é norma privada. Pode haver reflexos das normas públicas no direito privado e vice-versa. Assim, se uma norma é de direito público não se pode dizer que ela seja só de direito público mas *predominantemente* de direito público.

I - *DIREITO PÚBLICO EXTERNO* -> temos o D. Internacional Público que cuida dos tratados, convenções e acordos entre os Estados que compõem a comunidade internacional.

II- *DIREITO PÚBLICO INTERNO* : visa regular precipuamente os interesses estatais e sociais cuidando só reflexivamente da conduta individual. Reparte-se em *direito constitucional*, *direito administrativo (DA)*, *direito financeiro*, *direito tributário*, *direito eleitoral*, *direito urbanístico*, *direito ecológico*, *direito previdenciário*, *direito aeronáutico*, *direito marítimo*, *direito penal*, *direito do trabalho* e *direito processual* que se subdivide em *proc. penal*, *proc. civil*, *proc. eleitoral*, *proc. trabalhista* e *proc. previdenciário*.

RELAÇÕES DO DA COM OS RAMOS DO DIREITO

1) ***com o Direito Constitucional*** **->** enquanto que o DA cuida tão somente da organização interna dos órgãos da administração do seu pessoal e do funcionamento dos seus serviços, o Direito Constitucional disciplina as normas da estrutura do Estado brasileiro.

Ex: a CF cita que "o Brasil é um Estado democrático"; "o poder Legislativo é bicameral" ou ainda "o Brasil adota a tripartição de poderes". São normas estruturais.

Tanto o DA como o Direito Constitucional tem como objeto comum o Estado;

2) ***com o Direito Financeiro e o Direito Tributário*** **->** orçamento é uma peça administrativa que nasce com a lei orçamentária. Esta lei é que vai proporcionar aos Estados a receita que é formada por cerca de 85% da arrecadação decorrente dos tributos e taxas.

A Administração Pública é obrigada a ter um orçamento que é um projeto de lei feito pelo Executivo e encaminhado ao Legislativo, que o transforma em lei (lei do orçamento). Esse orçamento é composto de receitas e despesas. Daí o aparecimento do D. Financeiro (despesas) e do D. Tributário (receitas).

Como exemplo da relação do DA com esses direitos citados, temos no campo do D. Tributário a fiscalização do ICMS que é feita por um funcionário público. No campo do D. Financeiro temos o contador, o tesoureiro etc., que são funcionários públicos.

3) ***com o Direito do Trabalho e com o Direito Previdenciário*** **->** toda relação trabalhista, seja ela particular ou não segue a tríade "patrão-empregado-Estado".

Quando falamos em estabilidade no emprego público estamos nos referindo à estabilidade para bem servir o povo. No serviço público a estabilidade não é da pessoa e sim para que sejam exercidas as funções estatais com segurança. A estabilidade no emprego só existe no regime de CLT.

Historicamente, em 1967, o Estado passou a admitir servidores pelo regime de CLT, criando a figura do Estado-patrão. Mas esta dinâmica de contratar e descontratar por ineficiência do trabalhador não funcionou no serviço público. Sabemos que mesmo no serviço público não há estabilidade por razão de ineficiência, visto que esta constitui ilícito administrativo.

A autarquia previdenciária tem o 2° orçamento da República. Especialmente com as instituições de previdência e assistência ao assalariado, o DA mantém sensíveis relações, pois tais organizações são instituídas entre nós como autarquias administrativas e porque as relações entre empregadores e empregados, em boa parte, passaram do âmbito do D. privado para o campo do D. Público, com o fim precípuo de mantê-las sob a regulamentação e fiscalização do Estado. Existe até no âmbito do Município uma interferência administrativa no campo trabalhista. Por exemplo, o distrito industrial de nossa cidade é quem fixa o horário de funcionamento das empresas lá existentes. É a interferência do Município na relação trabalhista. Outro exemplo: a Súmula 19 do TSJ fixou que o horário de funcionamento dos bancos no País é controlado pelo Banco Central;

4) ***com o Direito Processual Civil e com o Direito Processual Penal*** **->** os administradores são escravos da lei. No DA vamos encontrar, como no Direito Processual, a competência de matéria e de lugar.

Funcionários públicos são necessários para fazer funcionar os Órgãos Públicos que se destinam a realizar o processo administrativo. Via de regra o processo judicial é contencioso mas o administrativo não.

Por exemplo, a nomeação ou remoção de tutores ou curadores se desenvolve através do processo administrativo. No Direito Processual Penal a jurisdicionalização do processo administrativo visa garantir a ampla defesa;

5) ***com o Direito Penal*** **->** o ilícito além de penal pode ser também administrativo. Ex.: peculato, inutilização de edital etc..

No DA não há pena privativa de liberdade mas existe sanções. É possível ocorrer por uma mesma ação uma dupla punição, no campo penal e no campo administrativo, sem que haja violação do princípio *non bis in idem*.

Existe um transporte de conceitos de um direito para outro. Dolo, culpa, negligência, imprudência etc. são conceitos do D. Penal que podem ser buscados pelo DA.

Por ex:. é crime o comércio de substâncias tóxicas. Esta é uma norma penal em branco pois necessita de regulamentação posterior para a sua eficácia plena. E quem vai dizer que o que é tóxico é um órgão da Secretaria da Saúde que baixa portaria com a relação das substâncias tóxicas.

Outro exemplo: a Lei delegada n° 4 proibiu a venda de produtos acima da tabela. Esta lei não especificava quais os produtos e qual a tabela a ser seguida. Essa tabela seria editada posteriormente através de órgãos competentes (SUNAB etc.). São normas administrativas que irão dizer quais serão as tabelas;

6) *com o Direito Civil* -> existem regras que foram desenvolvidas dentro do Direito Civil e que são aceitas no DA tal como são hoje.

O DA as aceita como são ou as modifica ou então as rejeita completamente.

Por exemplo, o art. 14 do CC reconhece a existência da União, dos Estados, do DF e dos Municípios cujo assunto é inteiramente aceito pelo DA. Do art. 1079 a 1093 o CC fala em contratos. O DA buscou este assunto e o modificou a seu modo. Já o art. 590 do CC que trata de desapropriação, foi inteiramente rejeitado pelo DA, que se vale do decreto-lei 3365/41. Trata-se de um decreto federal utilizado pelos Municípios, pelos Estados e pela União para efeito de desapropriação. Outros arts. que foram totalmente rejeitados pelo DA são os arts. de 572 a 587 do CC que tratam do direito de construir em relação as edificações urbanas, que atualmente é disciplinado pelo Município. Este, para ocupar o seu território, elabora o chamado *plano diretor* que vai estabelecer o seu zoneamento. Os loteamentos, sejam eles residenciais, industriais ou comerciais, também estarão subordinados à lei municipal;

7) *com o Direito Comercial* -> o Estado acabou tornando-se comerciante presente na economia.

À semelhança do D. do Trabalho que é regido pelas regras do direito público, o Estado é regido pelas regras do direito comercial de forma direta ou indireta, através de empresas de economia mista. Ex:. venda de combustíveis, venda de serviço postal etc.

O Estado também interfere em atividades comerciais entre particulares.

As Juntas Comerciais, que têm competência federal e cujos funcionários são estatais, interferem junto às empresas no que se refere aos registros e atualizações periódicas dos seus cadastros. Os bancos são particulares em sua maioria, no entanto é tipo de sociedade que sofre interferência do Estado em seu funcionamento. O Banco Central, que é uma autarquia, pode interferir na área financeira e bancária, ditando normas aos demais bancos.

O DA pode se relacionar com ciências não jurídicas.

A diferença do DA com essas chamadas *ciências sociais* é que estas não tem poder coercitivo, ao contrário do Direito. Assim, enquanto as ciências jurídicas visam estabelecer normas coercitivas de conduta, as ciências sociais preocupam-se com a formulação de princípios doutrinários deduzidos dos fenômenos naturais que constituem o objeto dos seus estudos, mas desprovidos de coação estatal.

Por exemplo, a sociologia ou a estatística só servem de subsídios para o Direito formular as regras coercitivas que hoje conhecemos.

A chamada *Ciência da Administração* é formada por um conjunto de princípios dirigidos para a organização racional do trabalho.

Ex:. a informatização de uma empresa.

Os princípios da Ciência da Administração podem ou não ser utilizados pela Administração Pública. No entanto, desde que forem aplicados em determinada empresa pública, o cumprimento de suas regras deverá ser obrigatório.

FONTES DO DA

As fontes do DA são as mesmas do Direito. São a lei, a doutrina, a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais do direito.

A primeira fonte (a mais importante) é a ***LEI*** no sentido genérico, abrangendo esta expressão desde a Constituição até os regulamentos executivos. Tais atos, impondo o seus poder normativo aos indivíduos e ao próprio Estado, estabelecem relações de administração de interesse direto e imediato do DA.

De acordo com o art. 37 da CF, "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Esse artigo refere-se ao princípio da legalidade, princípio este fundamental para a Administração Pública. Como já citamos, o funcionário público é escravo da lei, só fazendo aquilo que a legislação lhe permite;

A segunda fonte é a ***DOUTRINA***. A opinião dos juristas vem através dos livros, revistas, publicações, teses de mestrado etc.. Da doutrina nasce o Direito.

A doutrina vai produzir opiniões reiteradas de pessoas no mesmo sentido. Pode influir na produção da lei e nas decisões dos casos concretos, sejam eles judiciais ou administrativos e também na jurisprudência judicial e administrativa.

No campo da doutrina existe uma tendência do direito se *internacionalizar*.

A terceira fonte é a ***JURISPRUDÊNCIA***. Trata-se de um conjunto de decisões proferidas pelos tribunais. Torna-se importante ressaltar que no Brasil as decisões administrativas não têm o efeito de coisa julgada, visto que as decisões definitivas só ocorrem no âmbito do poder judiciário.

Na França as decisões administrativas podem ter força de coisa julgada. No campo da jurisprudência existe uma tendência do direito se *nacionalizar*.

Como quarta fonte, os ***COSTUMES*** ainda influenciam o DA mas esta influência é bem pequena sobre o direito privado e quase nenhuma sobre o Direito Público.

Já foi dito que a administração é cumpridora da lei, só praticando o que nela está escrito. Daí serem os costumes uma fonte minimizada para a produção de direito no Brasil. No entanto, os costumes ainda influenciam determinadas práticas burocráticas dentro da administração. Isto acontece porque, devido ao longo tempo em que os funcionários permanecem dentro da administração, acabam por criar determinadas condutas, de tal forma que a prática administrativa passa a substituir o texto escrito, sedimentando na cabeça dos administradores e administrados a praxe burocrática, que passa a suprir a lei ou passa a atuar como elemento informativo da doutrina.

A quinta fonte do DA é formada pelos ***PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO***, que têm aplicação apenas restritiva no campo do Direito Público.

Por exemplo, há algum tempo, através de lei, o Governo facilitou a compra de carro à álcool para os taxistas. A partir daí, motoristas que também faziam transportes de passageiros mas que não eram rotulados como taxistas pretenderam que o alcance da lei se estendesse também para eles, o que de fato não ocorreu, tendo em vista que não há interpretação ampliativa de norma administrativa.

CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Segundo Marcelo Caetano, "*Código é o diploma legislativo que reúne em síntese as normas aplicáveis a um conjunto de relações jurídicas afins coordenadas sistematicamente de harmonia com certos princípios fundamentais e segundo uma técnica uniforme*".

Em outras palavras, no código todas as normas sobre todos os assuntos são reunidas em uma única lei, organizadas cientificamente.

Uma *primeira corrente* de juristas defende a *codificação total do DA*;

Já uma *segunda corrente* defende ser *impossível esta codificação* (autores liderados por Laferrière e Meucci) visto que haveria uma estagnação do Direito.

Explicam eles que se os fatos sociais evoluem no tempo e no espaço, os fatos resultantes precisarão constantemente de leis novas atualizadas e adaptadas ao novo contexto social. E se há necessidade de que estas leis sejam feitas, torna-se imprescindível que também haja uma grande mobilidade da Administração

Pública no sentido de elaborá-las de tal forma que venham a satisfazer a esta rápida e dinâmica evolução da sociedade, o que seria incompatível com a codificação do DA.

Por outro lado, devido a grande variedade das matérias reguladas pelas normas administrativas esse elenco enorme de assuntos administrativos, praticamente exigiria um grande código, que seria insuficiente para abranger todos os assuntos, o que seria um obstáculo para se fazer uma única lei.

Outro obstáculo seria a desigualdade de valor existente entre as normas administrativas. Um outro argumento seria a duração diferente entre as normas administrativas. Sabemos que todas as leis que foram codificadas deixaram de refletir as mudanças do fato social brasileiro.

Um único exemplo de codificação do DA ocorreu em Portugal nos anos 90, período em que esteve isolado política e economicamente da comunidade européia;

Uma *terceira corrente* defende a *codificação parcial do DA* que vai abranger somente determinadas normas que tratam do mesmo assunto e que tenham a mesma importância e durações semelhantes.

O Brasil está vivendo este momento de codificação parcial do DA através da existência de inúmeros códigos esparsos tais como o Código das Águas, o Estatuto da Terra, o Estatuto dos Funcionários Civis da União (revogado), o Código Florestal e da Caça e Pesca, o Código das Comunicações etc..

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS

As normas administrativas devem ser interpretadas de acordo com alguns processos interpretativos utilizados para o Direito Privado tais como a interpretação gramatical, histórica, autêntica, teleológica etc.. Como o D. Público não desenvolveu processos próprios de interpretação, utiliza-se dos existentes no D. Privado.

As normas de D. Privado se exaurem no entendimento dos particulares envolvidos na relação jurídica; as normas de D. Público têm projeção, que é o atendimento do interesse público ou seja, visam o bem comum da coletividade. Três são os *pressupostos de validade das normas administrativas*:

1- ***desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados*** => há um princípio de Direito Natural inserido na Carta que afirma que todos são iguais perante a lei.

No entanto há uma desigualdade entre a Administração (plano superior) e os administrados (plano inferior) mas que não é inconstitucional.

Trata-se de uma desigualdade jurídica existente para a defesa da maioria ou seja, a supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais.

É um tratamento desigual porque a Administração representa a coletividade e o interesse da coletividade, como sabemos, sobrepõe ao interesse da minoria;

2- ***presunção de legitimidade*** => presume-se que os atos da Administração Pública são sempre legítimos.

Trata-se de uma presunção *juris tantum* que dispensa para a Administração Pública a prova de legitimidade de seus atos ou seja, cabe ao particular provar o contrário, que ela agiu com ilegalidade flagrante ou dissimulada sob a forma de abuso ou desvio de poder;

3- ***necessidade de Poder Discricionário*** => a discricionalidade é a liberdade de ação que a Administração têm para melhor atender aos interesses públicos ou seja, o funcionário público tem uma certa margem de liberdade para o exercício de certos atos de interesse coletivo. Contraposto ao Poder Discricionário temos o chamado Poder Vinculado, através do qual o administrador tem a obrigação de cumprir a lei.

ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Ato administrativo -> é uma espécie de ato jurídico praticado pela administração com a finalidade pública (ex.: anulação, revogação etc.) de criar, modificar ou extinguir direito.

Enquanto os elementos do ato jurídico são o agente capaz, a forma e o objeto lícito, os do ato administrativo são o ***agente competente*, a *forma*, a *finalidade pública*, o *motivo* e o *objeto lícito***.

O ato administrativo será ***vinculado*** se todos esses elementos estiverem em conformidade com a lei; ou ***discricionário***, se, embora todos presentes, somente os três primeiros estiverem regrados.

Torna-se importante ressaltar que, de forma liberada, é deixado para o administrador o *objeto* e o *motivo* já que estes dois últimos elementos não estão previstos em lei.

Neste caso é o administrador tem que dar uma solução pessoal para o caso.

Por exemplo, se um servidor público (*agente competente*) falta por mais de 30 dias (*motivo*) configurando abandono de cargo de acordo com o Estatuto do Servidor Público (*forma*) deverá ser demitido (*objeto*) para bem do Serviço Público (*finalidade*).

Trata-se de um ato vinculado onde o chefe não terá uma outra opção a não ser despedí-lo. Em outro exemplo, sendo o Município responsável pela salubridade pública (*finalidade*) e uma determinada fábrica começa a poluir o ar contrariando portaria existente sobre o assunto (*forma*), caberá ao Prefeito (*agente competente*) decidir com discricionalidade que tipo de providência deverá tomar ou seja, se fecha a fábrica ou se aplica multa.

Observa-se neste exemplo que o motivo (poluição do ar) e o objeto (fechamento ou multa da fábrica) não devem ser considerados porque quando a fábrica foi instalada, não estavam previstos na lei.

Nem o Poder Judiciário pode reverter atos discricionários da Administração desde que eles estejam em conformidade com o bom senso do administrador no que se diz respeito à relação entre a proporcionalidade da infração e a sanção aplicada, a finalidade social etc.. ou seja, esses atos têm que estar envoltos pelo princípio da legalidade.

HIERARQUIA DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS

Há dois critérios para se aplicar a hierarquia das normas administrativas:

1°) *pela maior ou menor extensão da eficácia da lei*: sendo as normas administrativas *federais* (União), *estaduais* (Estados) e *municipais* (Municípios), elas têm uma hierarquia territorial ou seja, *lei federal > lei estadual > lei municipal*;

2°) *pela maior ou menor intensidade criadora do direito*: a hierarquia começa pela Constituição e pelas emendas constitucionais que a ela se incorporam.

De acordo com o *Princípio da Constitucionalidade das Leis*, o ordenamento jurídico não pode se confrontar com a Constituição, pois é ela que regula a organização e o funcionamento da estrutura jurídica do País.

E se uma norma qualquer entrar em confronto com a Constituição, ela será considerada como sendo uma norma inconstitucional.

Podemos dizer que uma determinada norma é inconstitucional se ela apresentar um vício de origem ou de forma ou material. Existem mecanismos de controle da Constituição que vão dizer se a norma é ou não inconstitucional.

MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE DAS NORMAS

I- Controle de inconstitucionalidade das normas -> pode ser feito de *forma direta*, através da ADI (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADIO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) ou de *forma indireta*, através de casos concretos levados ao judiciário, como por exemplo, através de um MI (Mandado de Injunção).

ADI -> segundo o art. 102 da CF, "*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente:*

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal".

Assim temos que:

a) a ADI vale contra todos;

b) o foro competente para apreciar a ADI é somente o S.T.F.;

c) a ADI pode ser proposta contra a lei, em tese, ou seja, não há necessidade de se estar diante de um caso concreto;

d) quem tem legitimidade ativa para propor uma

ADI são os elencados no art. 103 da CF que diz: "*Podem propor a* ADI: *I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa da Assembléia Legislativa; V - o Governador do Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*

Segundo o art. 66, § 1º da CF: "*Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público , vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de 15 dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto*".

Quando o Presidente não veta determinada norma, isto não quer dizer que esta norma não seja inconstitucional; ele apenas deixou de vetá-la. E se uma lei é taxada como inconstitucional, o Senado Federal manda suspender a sua eficácia, de acordo com o art. 52, inc. X que diz: "*Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*".

ADIO -> Diz o § 2º do art. 103, da CF: "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo para fazê-lo em trinta dias*".

Pode-se ingressar com uma ADIO quando a ausência de uma lei estiver gerando uma inconstitucionalidade. Ex: a hipótese de um direito resguardado pela Constituição e que depende de lei futura (que na verdade nunca á feita). Assim, toda vez que o S.T.F. reconhecer que há uma ausência de lei, que há um vácuo legislativo, ele não diz o direito, ele manda que outro Poder faça a norma. De acordo com o inc. I "letra q" do art. 102 da C.F., "compete ao S.T.F. julgar originariamente quando a omissão de norma for atribuída ao Presidente da República etc. ...". Observa-se, no entanto, que se a falta de norma for atribuída a um dos Estados, a competência será dos Tribunais de Justiça.

MI -> O inc. LXXI do art. 5º da C.F. diz: "*conceder-se-á mandado de injunção (MI) sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes á nacionalidade, á soberania e à cidadania*".

O MI deve ser impetrado somente diante de casos concretos, na presença de "vácuo legislativo", ou seja, na ausência de norma regulamentadora. Ele se aplica quando existindo um determinado direito esse não encontra reflexo na legislação constitucional, isto é, não há uma lei tratando daquele determinado direito.

Assim, conceder-se-á MI sempre que se tiver ausência de norma reguladora, ou seja, sempre que o vácuo legislativo estiver vedando o exercício de um direito atinente às liberdades constitucionais, nacionalidade, soberania e cidadania. Assim que a Constituição foi promulgada, ao se impetrar um MI, o Judiciário julgava, declarando o direito aplicado, isto é, legislava sobre cada caso concreto ou seja, o resultado final da aplicação do MI nada mais era do que a declaração de um direito aplicado. No entanto a jurisprudência mudou tudo isto de tal forma, que atualmente os tribunais estão decidindo no sentido de apenas reconhecer ou não a ausência de norma, determinando a seguir, que o legislativo legisle sobre o assunto. Assim, em razão das matérias tratadas, conclui-se que a legitimidade ativa para a propositura do MI é apenas para as pessoas físicas.

II- ***Declaração de constitucionalidade das normas*** **->** que é feita através da ADC (ação declaratória de constitucionalidade).

ADC -> De acordo com o § 4º do art. 103 da CF, "*A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, ou pelo Procurador-Geral da República*" (redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.93). Este tipo de ação visa obter uma decisão judicial de que tal norma é constitucional.

Trata-se de um mecanismo para abreviar os litígios, cuja competência é do S.T.F. Os efeitos de uma ADC estão elencados no § 2º do art. 102 que diz: "*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ADC de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*".

ESPÉCIES NORMATIVAS

De acordo com o art. 59 da CF, o processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos e VII- resoluções.

1- ***Emendas*****->** são espécies normativas através das quais se introduz alterações no texto Constitucional.;

2- ***Leis complementares*****->** servem para complementar, explicitar os preceitos, os comandos constitucionais. São também chamadas de leis orgânicas.

Exs.: Lei Orgânica da Magistratura, Lei Orgânica do Ministério Público, Lei Orgânica da Educação etc.;

3- ***Leis ordinárias*****->** dispõem sobre todas as demais matérias e são de mais fácil tramitação que as leis complementares.

Há quem defende não haver hierarquia entre as leis complementares e as leis ordinárias alegando que uma lei, seja ela qual for, somente poderá ser alterada por outra lei da mesma espécie;

4- ***Leis delegadas*****->** constituem exceção ao princípio da indelegabilidade das atribuições, pois elas partem do Executivo.

São leis elaboradas por delegação, ou seja, o PL delega tal atribuição ao Executivo. São tratadas somente pelo art. 68 da CF que diz: "*As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos exclusivos do Congresso Nacional, os de privativa competência da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre... § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda*".

Temos as seguintes colocações:

a) só o Presidente da República pode elaborá-las;
b) são leis feitas por delegação, isto é, aquele Poder que é competente para elaborar as espécies normativas, delega tal atribuição ao Presidente da República;
c) se constituem em uma exceção ao princípio da indelegabilidade das atribuições;

d) elas constituem uma delegação *externa corporis* (é uma delegação para fora da delegação); e) o Presidente deve fazer a lei somente dentro dos limites de uma resolução;

5- ***Medidas provisórias*****->** também constituem outra exceção ao princípio da indelegabilidade das atribuições, pois são típicas do Presidente da República.

São tratadas somente pelo art. 62 que diz: "*Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de 5 dias*".

Temos as seguintes colocações:

a) medida provisória é sucessora aproximada do antigo decreto-lei;
b) é uma medida legislativa provisória como se lei fosse;
c) só podem ser decretadas em situações relevantes e urgentes. O STF definiu urgência como "tudo aquilo que não pode esperar o prazo usual de elaboração legislativa" e relevância como "tudo aquilo que o administrador assim entender".

Na prática vamos encontrar inúmeras medidas provisórias tratando de assuntos que não são relevantes ou que não tenham sido editadas em situações de urgência. Isto pode ser explicado tendo em vista que o governante tem que ter um instrumento nas mãos que o possibilite tomar certas decisões com maior rapidez. Note-se que expedida e publicada a medida provisória, de imediato ela começa a gerar efeitos.

No entanto, apesar de gerar efeitos, o seu texto é encaminhado para apreciação no Congresso Nacional, percorrendo os mesmos caminhos como se um projeto de lei fosse, podendo ser rejeitada, convertida em lei ou não ser apreciada, de acordo com o parágrafo único do artigo 62 que diz: "*As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei, no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes*".

Daí extraímos que:

a) as medidas provisórias têm um prazo para sua aprovação;
b) se forem expressamente rejeitadas, perdem a sua eficácia e os seus efeitos serão disciplinados posteriormente pelo Congresso Nacional;
c) se não forem apreciadas, também perdem a sua eficácia, desta vez por decurso de prazo, sendo, portanto, rejeitadas tacitamente, podendo o governo, no entanto, reeditá-las outras tantas vezes quanto desejar;

6- *Decretos e Regulamentos*-> servem para detalhar e especificar a lei (art. 84 inc. IV da CF);

7- *Instruções*-> são atos de competência dos Ministros, baixados para a fiel execução das leis, dos decretos e dos regulamentos;

8- *Regimentos e Deliberações*-> são atos que disciplinam a composição e o funcionamento de órgãos colegiados da Administração;

9- *Avisos*-> são atos de Ministros Militares;

10- *Outros*-> temos outras espécies normativas tais como as Resoluções, as Circulares, as Portarias, as Ordens de Serviço, os Ofícios, os Despachos, as Decisões Administrativas etc..

As diferenças entre uma lei complementar e uma lei ordinária são:

a) *quanto ao quorum de aprovação* -> em relação as leis complementares, diz o art. 69 da CF, "*As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta*"; em relação às leis ordinárias, diz o art. 47 da CF: "*Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros*";

b) *quanto à matéria* -> a lei complementar, como o nome diz, complementa a Constituição; a lei ordinária legisla sobre tudo o que não for objeto da lei complementar. Sabe-se quando uma matéria é de lei complementar ou de lei ordinária porque a Constituição assim o diz explicitamente;

c) ***quanto à definição de atribuições*** **->** cada lei tem suas próprias atribuições, sendo discutível a hierarquia entre elas.

Obs: combinando-se os dois critérios (o critério da maior ou menor extensão da eficácia da lei combinado com o de maior ou menor intensidade criadora do direito) teremos a seguinte pirâmide hierárquica:

CF e Leis Constitucionais Federais > Leis Complementares Federais > Leis Ordinárias, Medidas Provisórias e Leis Delegadas Federais > Constituição e Leis Constitucionais Estaduais > Leis Complementares Estaduais > Leis Ordinárias Estaduais > Leis Orgânicas Municipais > Leis Complementares Municipais > Leis Ordinárias Municipais.

Obs: a doutrina entende que não existem medidas provisórias e leis delegadas estaduais ou municipais. No entanto elas são elaboradas normalmente por alguns Estados e Municípios, constituindo objeto de discussão jurídica.

DEFINIÇÃO DE ESTADO

Sob o prisma político, Berthelemy define Estado como sendo *a Nação politicamente organizada*. Sob a óptica constitucional, Biscaretti di Ruffia o define como *a pessoa jurídica territorial soberana*. Sob o ângulo do D. Civil, *Estado é uma pessoa jurídica de Direito Público* ou *sujeito de direitos e obrigações*; **Dalmo de Abreu Dalari** define Estado como sendo *uma sociedade política para fins gerais com capacidade de influir e condicionar as pessoas; é uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo em um determinado território*.

Elementos do Estado-> o Estado é composto pelo Território, População e pelo Governo Soberano.

a) ***Território***-> é a base física do Estado. É formado pelo solo, subsolo, águas, espaço aéreo, plataforma continental, naves e sedes das representações diplomáticas;

b) ***População***-> é o componente humano que habita o território;

c) ***Governo soberano***-> é o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanada do Povo. E se é soberano, é competente e independente.

Poderes de Estado-> a vontade estatal apresenta-se e se manifesta através dos denominados Poderes de Estado. Esses Poderes, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada nos Estados de Direito, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis.

A cada um desses Poderes é atribuída uma função com precipuidade.

No entanto, estes poderes têm a necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder.

O que há, portanto, não é separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, de distribuição das três funções estatais precípuas entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.

Há um sistema de freios e contrapesos para que um Poder possa limitar o outro, como sugeriu Montesquieu. E o Governo seria resultante da interação dos três Poderes de Estado, como a Administração o é de todos os órgãos desses Poderes.

Na prática, portanto, eles são identificados segundo a prevalência de suas atividades. Por exemplo, sabemos que o Poder Legislativo tem a função de legislar (função normativa), que o Poder Executivo tem a função de converter as leis em atos individuais e concretos (função administrativa) e que o Poder Judiciário tem a função precípua da aplicação coativa das leis aos litigantes (função judicial). No entanto o Legislativo pode derrubar um veto do Executivo, promulgando a lei (função executiva); o Executivo pode fazer uma lei (função legislativa) que altera a composição de um tribunal, podendo até extinguí-lo se quiser (função

judiciária) e o Judiciário por sua vez, pode anular ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feito pelo Executivo (função executiva) ou elaborar normas, portarias etc. visando o seu próprio funcionamento (função legislativa).

Organização do Estado-> trata-se de matéria constitucional no que concerne à divisão política do território nacional, à estruturação dos Poderes, à forma de Governo, ao modo de investidura dos governantes e aos direitos e garantias dos governados.

Além das disposições constitucionais que tratam da organização do Estado, temos também a legislação complementar e ordinária que trata da organização administrativa das entidades estatais, de suas autarquias e entidades paraestatais instituídas para a execução desconcentrada e descentralizada de serviços públicos e outras atividades de interesse coletivo, objeto do DA e das modernas técnicas de administração.

No Estado Federal a organização política compreende a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal (Estado anômalo) e os Municípios. Estes últimos também são entidades estatais com autonomia política reconhecida pela Carta (peculiaridade da Federação brasileira). Existem outras pessoas jurídicas, além das estatais, que são as entidades paraestatais, as autarquias e as fundações. Este conjunto de entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais constitui a Administração Pública em sentido amplo, ou seja, a Administração centralizada e descentralizada, atualmente denominada de direta e indireta.

Administração Pública-> é organizada por leis infraconstitucionais (não por decretos, portarias etc.).

A sua organização contém uma parte que está na CF, que são princípios gerais de cumprimento obrigatório (art. 37 e seguintes) e outra parte que é fornecida por legislação infraconstitucional (através de leis complementares e das leis ordinárias). No entanto podemos nos deparar com certa parte desta organização feita através de *decreto* ou de *decreto-lei*, em decorrência da história política do País. Os decretos-lei eram diplomas constitucionais resultantes de legislação do Executivo durante os regimes ditatoriais revolucionários (período de 64 a 68) tal como o AI-5 e AI-8, dentre outros.

Além dos princípios administrativos, considerados como obrigatórios para a organização da Administração Pública, outros princípios considerados não obrigatórios são também utilizados, tais como os da Ciência da Administração.

Governo e Administração

a) *no sentido formal*-> o Governo representa a totalidade dos Poderes e órgãos constitucionais e a Administração o conjunto de órgãos instituídos para o atingimento dos objetivos governamentais;
b) *no sentido material*-> o Governo é o elenco das funções estatais básicas e a Administração é o complexo das funções necessárias para a realização dos serviços públicos;
c) *no sentido operacional* -> o Governo é a condução política dos negócios públicos, enquanto que a Administração é o desempenho constante e sistemático segundo normas técnicas e legais dos serviços próprios do Estado ou assumidos por ele em benefício da coletividade.

O Governo identifica-se com os Poderes e órgãos supremos do Estado, exercendo funções originárias da Constituição.

A Administração é um aparelhamento do Estado organizado especialmente para a realização dos serviços públicos com o objetivo de atender as necessidades coletivas. Não pratica atos de governo mas tão somente atos de execução, que são os atos administrativos.

Conclusão: *o Governo tem uma atividade política e discricionária, atuando com responsabilidade constitucional e com uma conduta independente e a Administração por sua vez exerce uma atividade*

neutra, subordinada à lei ou regra técnica, atuando com responsabilidade profissional e com uma conduta hierarquizada.

Ex: o Prefeito ao ser eleito, vai ser governante e, portanto, vai exercer atividades políticas e administrativas discricionárias, agindo de acordo consigo mesmo, de acordo com os seus próprios princípios. Poderá fazer os orçamentos através de técnicos, decidindo sempre com responsabilidade constitucional, pois se assim não o fizer, poderá ser cassado. Os seus funcionários são subordinados diretamente às leis ou às regras técnicas, tendo responsabilidade profissional e conduta hierarquizada. Todos têm poder de polícia.

ÓRGÃOS PÚBLICOS

O Governo e a Administração, como criações abstratas da Constituição e das leis, atuam por intermédio de suas *entidades* (pessoas jurídicas), de seus *órgãos* (centros de decisão) e de seus *agentes* (pessoas físicas investidas em cargos e funções).

Teorias que tentam explicar a manifestação de vontade do Estado através dos Órgãos Públicos:

1) *Teoria do Mandado*-> "existe um contrato de mandado entre o Estado e o agente, sendo o Estado o mandante e o agente o mandatário" (*mandado* é um tipo de contrato que apresenta a figura do mandatário para realizar tarefas).

Crítica: essa teoria tem a deficiência de não explicar quem representaria o Estado para outorgar esse mandado;

2) *Teoria da Representação*-> segundo esta teoria, o Estado seria um tutelado ou curatelado e o Agente Público o seu tutor ou curador, tal como acontece no D. Civil onde determinadas pessoas podem, através da lei, manifestar a vontade de outras (tutor e curador).

Críticas: 1ª) Sabemos que de acordo com o D. Civil, o tutelado e o curatelado podem manifestar as suas vontades através do tutor e do curador, respectivamente. No entanto, quando estamos diante da relação Estado-agente, a vontade é uma só, ou seja, o agente não manifesta o seu desejo; 2ª) No D. Civil existe uma lei que dá a sucessão de quem será o tutor enquanto que na relação Estado-agente não há essa lei;

3) *Teoria Orgânica*-> Otto Gierke, buscando a explicação no D. Público, afirma que "*a teoria orgânica assenta-se no D. Constitucional por força de cujas disposições a vontade de determinados indivíduos, os Agentes Públicos, vale como manifestação de pessoa jurídica de D. Público operando como órgão, ou seja, como instrumento*". O Congresso Nacional tem competência de elaborar leis através de uma vontade do Estado e a Constituição é quem distribui para uma série de Órgãos Públicos a competência de cada um deles de manifestar a vontade do Estado.

Esta teoria superou as duas anteriores e foi unanimemente aceita, tendo sido ampliada com a inclusão de 3 correntes:

1ª) *corrente subjetiva*: segundo Planiol e Ripert, o Órgão Público confunde-se com a pessoa do agente;

2ª) *corrente objetiva*: segundo Vitta e D'Alessio, o Órgão Público confunde-se com um conjunto de atribuições a serem desempenhadas, ou seja, Cargo Público;

3ª) *corrente técnica*: segundo Ranelleti e De Valles, o Órgão Público é constituído de dois elementos fundamentais: um elemento subjetivo que corresponde ao Agente Público encarregado de manifestar a vontade do órgão e um segundo elemento objetivo que corresponde ao complexo de atribuições definido na lei, ou seja, Cargo Público.

Os ***<u>Órgãos Públicos</u>*** *são elementos despersonalizados incumbidos da realização das atividades do Estado através de atos praticados por seus agentes.* Segundo Hely Lopes Meirelles, *Órgão Público é o centro de competência instituído para o desempenho de funções estatais através de seus Agentes Públicos ocupantes de cargos públicos cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem*.

Seja o órgão governamental ou administrativo, vai ter cargo e Agente Público. Quando são milhares de cargos públicos estes cargos podem não estar providos, isto é, podem estar vagos mas o órgão terá a sua existência independentemente da existência do agente. As tarefas realizadas pelos agentes vão representar a manifestação da vontade estatal. De acordo com a Constituição, somente a União, os Estados, o DF , os Municípios e as Autarquias é que são consideradas pessoas jurídicas. Os órgãos não possuem personalidade jurídica, eles só podem manifestar a vontade destas pessoas elencadas pela C.F.. Por exemplo, o Estado só pode ser citado na pessoa do procurador geral do Estado. É ele quem representa judicial e extrajudicialmente o Estado (art. 12 do CPC).

CLASSIFICAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

A) <u>Quanto a posição estatal</u>: esta classificação está ligada à hierarquização da Administração Pública onde encontramos órgãos superiores em relação a outros inferiores. Assim temos:

1) *<u>órgãos independentes</u>* -> são aqueles originários da Constituição e representativos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.
Não têm subordinação hierárquica ou funcional, sujeitando-se exclusivamente aos controles constitucionais que permitem o controle de um Poder pelo outro (sistema de freios e contrapesos).

Esses órgãos independentes são também chamados de órgãos primários do Estado. Exercem funções *políticas*, *judiciais* e *quase judiciais*.

O Ministério Público (MP) não está subordinado a nenhum dos três Poderes, exercendo funções *quase judiciais*. Por exemplo, os órgãos independentes do Legislativo são a Câmara dos Deputados, a Câmara dos Vereadores etc.; do Executivo, as Prefeituras etc. e do Judiciário, os Tribunais, os Juízes etc.. Todos eles são agrupados como órgãos independentes.

Obs.: o Tribunal de Contas também é órgão independente;

2) *<u>órgãos autônomos</u>* -> são os que se encontram na cúpula da Administração (em hierarquia) logo abaixo dos independentes, sendo a estes subordinados.

Esses órgãos tem autonomia administrativa, financeira e técnica. Cuidam de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

Exs.: no plano federal temos os *Ministérios* (da Justiça e da Cidadania, da Educação, dos Transportes, da Fazenda, da Agricultura e Reforma Agrária); no plano estadual temos as *Secretarias Estaduais* (da Justiça, da Fazenda, da Agricultura, da Educação etc..) e no plano municipal, as *Secretarias Municipais* (da Educação, dos Transportes etc..). Além dos Ministérios, outros poderes também são subordinados diretamente ao Presidente da República, como o EMFA (Estado Maior das Forças Armadas) e a Consultoria Geral da República;

3) *<u>órgãos superiores</u>* -> correspondem às repartições dos órgãos independentes e dos autônomos, não havendo limite para a sua existência que fica subordinada às suas necessidades quanto ao desempenho de suas atribuições.

Assim, esses órgãos independentes e autônomos serão subdivididos em repartições que são os gabinetes, as secretarias gerais, as procuradorias, as coordenadorias, os departamentos e as divisões. Os órgãos superiores, portanto, poderão ser multiplicados à medida de suas necessidades;

4) *<u>órgãos subalternos</u>* -> representam o último escalão da Administração, com reduzido poder decisório e com atribuições do poder de execução.

Estas atribuições se referem aos serviços rotineiros e as tarefas de formalização dos atos administrativos executados por repartições públicas, tais como as portarias e a sessão de expediente;

B) <u>Quanto à sua estrutura</u>:

1) *<u>órgãos simples</u>* -> também chamados de unitários, têm um só centro de competência. Ex.: portaria;

2) *<u>órgãos compostos</u>* -> têm em sua estrutura inúmeros outros órgãos menores, uns exercendo função idêntica à principal, ou seja, atividade fim e outras exercendo uma função auxiliar diferente da principal, ou seja, atividade meio.

Por exemplo, a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo é formada por órgãos menores que exercem funções idênticas à principal, ou seja, pelas coordenadorias, pelas divisões regionais, pelas seccionais e pelos estabelecimentos de ensino e por outros tipos de órgãos menores que só exercem funções auxiliares, ou seja, pelos órgãos de pessoal, de material, de transporte etc..

Neste ambiente hierarquizado surgem as figuras da avocação e a da delegação de competências. Temos delegação de competência quando os superiores hierárquicos delegam competência aos inferiores hierárquicos e avocação de competência quando os superiores hierárquicos avocam a competência dos inferiores hierárquicos. A matéria de competência está na lei.

Por ex.: o Prefeito Municipal é competente para transigir nas ações judiciais, podendo delegar tal competência ao Procurador Geral do Município ou poderá fazer isto para caso específico, sem delegar competência;

C) <u>Quanto à sua atuação funcional</u>: os órgãos podem ser:

1) *<u>singulares ou unipessoais</u>* -> são aqueles que apresentam um só titular que é o chefe e representante do mesmo e que apesar de contar com muitos outros agentes auxiliares, desempenha a função principal do órgão individualmente. A formação e manifestação de vontade dispensa qualquer formalidade ou procedimento especial.

O chefe tem competência plena para atuação do órgão. Ex.: o Presidente da República, as Governadorias dos Estados e os Prefeitos Municipais. O Presidente é um Administrador Público que tem ao seu redor um elenco de pessoas (Agentes Públicos) que estão nos órgãos (EMFA, Casa Civil etc.). No entanto ele decide sem nenhuma interferência desses órgãos;

2) *<u>colegiados ou pluripessoais</u>* -> são aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária da vontade de seus membros, não prevalecendo a vontade pessoal do chefe ou de qualquer outro integrante.

A decisão é sempre da maioria colhida na forma legal, regimental ou estatutária e o procedimento desenvolve-se por meio de convocação, cessão, verificação de quorum e de impedimentos, discussão, votação e proclamação do resultado.

As deliberações e decisões dos órgãos colegiados estão sempre formalmente vinculadas aos procedimentos legais para a sua emissão e validade de tal forma que se estas formalidades não ocorrerem, poderá haver a nulidade do ato. O ato colegial só é necessário para a manifestação da vontade do órgão no desempenho específico de suas funções.

Exs.: as Corporações Legislativas, os Tribunais e as Comissões deliberam e decidem por seus plenários e câmaras, mas se fazem representar juridicamente e se administram por seus presidentes, chefes ou procuradores.

AGENTES PÚBLICOS

<u>Agente Público</u> é uma forma física que por vinculação jurídica com a Administração Pública vai manifestar a vontade do Estado (o bem comum da coletividade).

Esses agentes praticam determinadas atividades que dizem respeito à concretização da ação estatal, que pode resultar de um exercício *permanente* ou não.

Esse exercício será permanente quando diuturno e ininterrupto, como na realização de saúde da comunidade, da segurança pública etc.. Ao lado destas, existem outras atividades que têm característica *temporária ou transitória*, distinguindo-se da anterior que é permanente, como a reorganização de uma empresa através da informatização. Esta é uma atividade transitória porque a maioria dos técnicos encarregados para a instalação dos computadores, após encerrar as suas atividades, deixarão a empresa. De forma semelhante ocorre no caso das inundações onde os visitadores que fazem o atendimento da população (serviço de vacinação, serviços de socorros etc.) também praticam atividades transitórias. O conjunto das atividades permanentes vai ser sempre conteúdo de Cargo Público.

Cargo Público é o conjunto de atribuições e responsabilidades atribuídas a um funcionário público, criado por lei ,com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres públicos.

Função Pública corresponde ao conjunto de tarefas atribuídas ao Agente Público, não sendo considerada como cargo pela lei.

A Função Pública é destituída de sentido de permanência e pode ser criada por decreto ou pelo exercício em virtude de contrato de trabalho. A distinção, portanto, é que o Cargo Público é criado por lei enquanto que a Função Pública pode ser criada por decreto ou por um simples contrato celetista.

Tanto o Cargo Público como a Função Pública pertencem ao Estado, que pode criá-los ou extinguí-los, independentemente de estarem providos.

Por exemplo, a Secretaria da Fazenda tem determinado número de agentes. Se ela entender que se faz necessário reduzir seus cargos, ela o fará, colocando os agentes que ocupavam estes cargos em disponibilidade (continuam a receber os vencimentos sem trabalhar).

Também pode ocorrer que os cargos permaneçam apenas desocupados, sem que haja extinção dos mesmos.

CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Os Agentes Públicos, como os Órgãos Públicos, podem ser agrupados segundo algumas características. Assim, de acordo com Celso A. de Mello, temos a seguinte classificação:

1) *Agentes Políticos* -> são os altos componentes do Governo eleitos na sua maior parte e também nomeados, sendo os de confiança designados para o exercício de atribuições constitucionais.

Ex.: os Agentes Políticos têm plena liberdade funcional. Não são funcionários públicos exatamente e não estão sujeitos a disciplina legal do regime estatutário comum.

Existem normas específicas que regulam o provimento nos cargos, sua conduta e o sistema processual para os crimes funcionais e de responsabilidade. Ex.: o Presidente não está subordinado à ninguém mas está à Constituição Federal. Ele está sujeito a crimes de responsabilidade, tendo que governar com probidade (honestidade), caso contrário, poderá ser processado pelo Senado e este processo, após ser aceito pela Câmara, será submetido a julgamento pelo STF (infrações comuns) ou pelo Senado (crimes de responsabilidade).

Todos os Agentes Políticos têm no Texto Constitucional a definição de sua conduta e a maneira de verificar a sua responsabilidade. Os Prefeitos são julgados pelos Tribunais de Justiça do Estado (crimes comuns) ou pela Câmara Municipal (crimes de improbidade administrativa).

São *Agentes Políticos do Executivo*: o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos, além daqueles que detém cargos de confiança nos Ministérios, nas Secretarias Estaduais e nas Secretarias Municipais.

No ambiente do *Legislativo*, são Agentes Políticos os Senadores, os Deputados e os Vereadores.

No *Judiciário* temos todos os Juízes dos Ministérios Públicos. Também temos os integrantes dos Tribunais de Contas na condição de Conselheiros e também os representantes diplomáticos.

2- *Agentes Administrativos* -> são os Servidores Públicos com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidade profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem decorrente do cargo ou da função. Eles não têm poder político.

Exercem atribuições de planejamento, chefia, acessoramento, execução, pertinente a sua habilitação profissional. O Agente Político, como já vimos, não tem esta habilitação profissional mas têm responsabilidade administrativa, civil e criminal, da mesma forma que os Agentes Administrativos. Eles podem ser:

a) *Servidores de Administração Direta* -> são os concursados, os exercentes de cargo em comissão ou função de confiança e os servidores temporários. Por exemplo, existe uma lei que a Constituição do Estado de S. Paulo elenca como lei especial, que não dá ao servidor temporário admitido um caráter temporário mas todos os direitos celetistas dos servidores não temporários;

b) *Servidores de Administração Indireta* -> são os de empresas públicas e os de empresas de economia mista, estes últimos contratados em regime celetista. Os dirigentes têm esta mesma característica dos que exercem cargo em comissão. Ex.: O Presidente da Petrobrás é escolhido pelo Presidente da República através do seu Procurador Geral.

Trata-se de um servidor público da administração Indireta. Na categoria de autarquia ou de fundação, o administrador público da administração indireta tem a mesma categoria dos servidores de administração direta.

3- *Agentes Honoríficos* -> são os particulares que colaboram com a Administração Pública, que não têm interesse de ordem particular no atendimento da comunidade.

São pessoas da comunidade que são convocadas, designadas ou nomeadas para prestar serviço ao Estado de natureza transitória, tendo em vista sua condição cívica, honorabilidade ou capacidade profissional.

Não têm qualquer vínculo estatutário ou empregatício e o seu trabalho normalmente é gratuito.

Eles não são funcionários públicos mas quando se encontram no exercício da função pública ficam submetidos à hierarquia e disciplina do órgão a que servem. Em outras palavras, eles são igualados a funcionários públicos. Muitos se sentem honrados de prestar este serviço ao Estado (à coletividade).

As vezes eles são remunerados mediante pró-labore (como se fosse uma gratificação). Podem contar tempo para efeito de aposentadoria e existe a possibilidade de, se forem presos, terem prisão especial.

Obs.: todos eles estão submetidos à responsabilização criminal, embora não sejam servidores públicos (são servidores públicos somente quando no exercício da função). São eles os jurados, os integrantes da Mesa Eleitoral e escrutinadores, os Comissários de Menores, os membros de Comissão de Estudo e Julgamento (comissão designada para estudar algum assunto, como por exemplo, a história da cidade de Jundiaí);

4- *Agentes Delegados* -> são cidadãos ou empresas aos quais se atribuem a execução de certa atividade, obra ou serviço, que deverão ser realizados em seu nome, por sua conta e risco, obedecendo normas estatais e em constante fiscalização da Administração Pública.

A Administração Pública entrega a execução de certos serviços a estas pessoas. Mas é o Poder Público quem estipula as regras e quem realiza a fiscalização. Ex.: concessão e permissão de entrega a terceiros de determinadas atividades públicas (compara-se à terceirização do setor privado). Os agentes delegados respondem civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração Pública de que são delegados, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano, pois, de acordo com o art. 37, § 6° da CF, as empresas de D. Público e as de D. Privado e os agentes que prestam serviços em seu nome respondem diretamente pelos danos causados a terceiros.

Hely Lopes Meirelles, no campo da doutrina, tem posição de que esta responsabilização dos agentes delegados deve ser subsidiária, ou seja, se o agente comete dano a terceiros, primeiro a responsabilidade terá

que ser da pessoa que praticou o ato e depois do Estado. No entanto, a jurisprudência vê esta responsabilidade como solidária. Por exemplo, o cidadão pode, desde logo, responsabilizar o Poder Público delegante, seja ele o Estado ou o Município, por abuso de poder das autoridades. A lei 1533/51 diz que "*quando se tratar de agente delegado, o ato que ele pratica é equiparado ao ato de autoridade*". Assim, todos são pacientes de Mandato de Segurança porque os seus atos são equiparados com atos de autoridades. Exs.: são agentes delegados os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos (transportes urbanos e interurbanos controlados pelo serviço público), os serventuários de ofício ou cartório não estatizado (cartórios em que o Estado mantém os serventuários como agentes delegados), os leiloeiros, os tradutores e os intérpretes públicos (que são pessoas que se submetem a concursos públicos, devidamente registrados nas Juntas Comerciais, tendo fé-pública as suas traduções e interpretações, fazendo serviços segundo as regras e sob a fiscalização do Estado);

5- *Agentes Credenciados* -> cientificamente não existem, mas na prática trata-se do cidadão que representa a Administração Pública em ato ou atividade profissional específica mediante remuneração mas sem nenhum vínculo com a Administração Pública.

Por exemplo, um médico ao ser credenciado pelo Poder Público para atender a população não terá vínculo com o mesmo, ficando sem as vantagens de estatutário ou de celetista. Da mesma forma ocorre com o advogado credenciado. De certa forma, constitui uma forma de exploração do trabalho feita pelo Estado.

INVESTIDURA

Investidura nada mais é do que alguém que, a partir de determinado momento e de acordo com determinadas condições, se torne um Agente Público. Ela pode ser:

1- *Investidura Política* -> genericamente os agentes políticos são investidos pelo caminho da eleição, com exceção é claro, dos Juízes, dos Promotores e dos Conselheiros dos Tribunais de Contas.

A eleição pode ser direta (sufrágio universal) e indireta (colégio eleitoral). A partir da Constituição de 88 não mais existe a eleição indireta. De acordo com o texto Constitucional, somente algumas pessoas é que podem disputar eleição mas não há necessidade de nível de escolaridade, basta que o indivíduo seja alfabetizado e esteja em pleno gozo dos seus direitos políticos (art. 14 da CF).

Esta investidura política pode proporcionar a oportunidade destes agentes serem selecionados para algumas atividades de confiança. Por exemplo, o Presidente da República escolhe um elenco de pessoas auxiliares de sua confiança tais como os Ministros e Secretários de Estado, os Ministros dos Tribunais Superiores, o Procurador Geral da República e o Governador do DF). Esses agentes estão subordinados à legislação específica quanto ao comportamento, podendo perder a investidura, ou seja, podendo ser cassados pelos seus pares na falta de decoro parlamentar;

2- *Investidura Administrativa* -> é aquela que pode ocorrer por admissão, designação, contratação, eleição administrativa e nomeação, sendo esta última a principal forma de investidura administrativa. A nomeação vincula o agente a cargo, função ou mandato administrativo.

Essa investidura administrativa é amplamente utilizada nos Três Poderes e nos serviços autárquicos e fundacionais.

3- *Investidura Originária* -> é a primeira vinculação de uma pessoa à cargo público. Este tipo de designação independe de qualquer vinculação anterior do provido com a Administração Pública.

Vai depender da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, inc. II da CF). O concurso público foi introduzido como um sinal de democratização dos serviços públicos.

Exemplo: estamos diante de um caso de investidura originária quando determinada pessoa que nunca esteve ligada à Administração Pública, é designada para o cargo efetivo de médico ou para o cargo efetivo de procurador jurídico (Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, pág. 135);

4- *Investidura Derivada* **->** pressupõe a investidura originária, isto é, vai depender obrigatoriamente de vinculação anterior do provido com a Administração Pública. Vai representar uma movimentação do servidor dentro da Administração Pública. Ela pode ser:

a) *por promoção* -> significa mudar alguém de cargo com elevação de função e de vencimento. Suas atividades passam a ser de maior responsabilidade e complexidade.

A promoção é uma espécie de investidura derivada que se faz por antigüidade e por merecimento;

b) *por remoção ou transferência* **->** para muitos, remoção é sinônimo de transferência. Porém a primeira se dá quando há interesse por parte do servidor e a segunda quando o interesse é da Administração Pública.

Na transferência ocorre a mudança do funcionário de um cargo para outro *sem* elevação funcional. Por exemplo, os professores podem se utilizar da remoção para sua movimentação, o que vai levar em conta, como na promoção, a antigüidade e o merecimento;

c) *por reintegração* **->** é a recondução do funcionário público demitido injustamente por via administrativa ou judicial. A demissão injusta pode ocorrer por cerceamento de função, por falha processual ou por determinação de autoridade competente.

Na prática, uma ação ordinária com amplo espectro probatório para se discutir este tipo de demissão injusta dura, em média, cerca de 08 a 10 anos, tendo o Governo que pagar, no final do processo, uma quantia muito alta de indenização ao funcionário demitido. Daí a reintegração judicial ter sido muito utilizada antigamente;

d) *por reversão* **->** é a recondução do funcionário público aposentado quando insubsistentes os motivos da sua aposentadoria.

A aposentadoria pode ser por tempo de serviço (após 30 anos para a mulher e após 35 anos para o homem, com proventos integrais; após 25 anos para a mulher e após 30 anos para o homem, com proventos proporcionais), por doença (invalidez) ou compulsória (após 70 anos).

Em todas estas hipóteses, se há um erro no processo de aposentadoria, tem que haver reversão do mesmo e o funcionário tem que completar o tempo que falta. No caso de aposentadoria por doença, se ficar comprovado que por qualquer motivo o funcionário ficou curado, ele deverá também retornar ao trabalho para completar esse tempo que falta.

No caso de aposentadoria fraudulenta, haverá anulação e reversão do processo, inclusive com demissão do funcionário público.

5- *Investidura Vitalícia* **->** apresenta maior segurança de permanência no cargo que a investidura por comissão.

O termo vitalícia significava que era "para toda vida". Historicamente correspondia à situação dos catedráticos das escolas que detinham uma maior liberdade de pensamento. Posteriormente esta vitaliciedade foi entregue aos magistrados, que além dela, adquiriram também a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (tríplice garantia).

A partir da Constituição de 88 a vitaliciedade foi atribuída ao Ministério Público, que também é detentor da tríplice garantia.

A vitaliciedade pode ser adquirida por concurso público e pode ser quebrada através de sentença judicial, por ato grave do magistrado. E após os 70 anos de idade, pela aposentadoria compulsória;

6- *Investidura Efetiva* **->** é aquela que confere segurança ao seu titular, em termos de permanência. É própria dos cargos do quadro permanente da Administração, ocupados pela grande massa do funcionalismo, com provimento inicial por concurso, para o desempenho de atividades técnicas e administrativas do Estado, com caráter de exercício profissional.

Trata-se do cargo ocupado por alguém sem transitoriedade ou adequado a uma ocupação permanente. Esta ocupação permanente não é absoluta nem adquirida de imediato. O titular de cargo efetivo só alcança essa garantia de permanência após o decurso do prazo de 02 anos, chamado de estágio probatório, no qual se apurou sua capacidade para a permanência.

Transpondo o estágio probatório, o titular de cargo de provimento efetivo adquire estabilidade (art. 41 da CF). Como no caso da vitaliciedade, a investidura efetiva pode ser quebrada por sentença judicial ou por aposentadoria compulsória (após 70 anos) e também por processo administrativo;

7- *Investidura em Comissão* -> apresenta menor segurança de permanência no cargo que a investidura vitalícia.

Corresponde aos cargos em comissão reservados para os que vão acessorar os agentes políticos ou os que já trabalham na Administração e que são deslocados para outros cargos.

São em comissão porque a característica desta investidura é a total insegurança. A pessoa está no cargo enquanto convier ao agente público.

Como ela é de natureza transitória para cargos ou funções de confiança, o agente poderá ser exonerável *ad nutum*, a qualquer tempo e independentemente de justificativa.

Nesta modalidade de investidura o agente não adquire estabilidade no serviço público, nem as vantagens da função integram seu patrimônio, dada a precariedade de seu exercício. É adequada para os agentes públicos de alta categoria, chamados a prestar serviços ao Estado, sem caráter profissional, e até mesmo de natureza honorífica e transitória.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conceito->

1) *José Cretella Jr*: "*é a atividade que o Estado desenvolve através de atos concretos executórios para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos*;
2) *Temístoles Brandão Cavalcante*: "*a Administração Pública em sentido formal é constituída por órgãos do Estado que preenchem as funções de Administração*;
3) ***Hely Lopes Meirelles***: "*a Administração Pública é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, com o fim de realizar o bem comum*".

PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antigamente havia uma preocupação doutrinária no sentido de se orientar os administradores públicos para terem um comportamento especial frente à Administração Pública.

Esse comportamento especial, regido por princípios básicos administrativos, no Brasil foi aparecendo nas leis infraconstitucionais. Posteriormente, em 88, os constituintes escreveram no art. 37 da CF um capítulo sobre a Administração Pública, cujos princípios são elencados a seguir:

1) Princípio da Legalidade => segundo ele, todos os atos da Administração têm que estar em conformidade com os princípios leais.

Este princípio observa não só as leis, mas também os regulamentos que contém as normas administrativas contidas em grande parte do texto Constitucional.

Quando a Administração Pública se afasta destes comandos, pratica atos ilegais, produzindo, por conseqüência, atos nulos e respondendo por sanções por ela impostas (Poder Disciplinar). Os servidores, ao praticarem estes atos, podem até ser demitidos.

Um administrador de empresa particular pratica tudo aquilo que a lei não proíbe. Já o administrador público, por ser obrigado ao estrito cumprimento da lei e dos regulamentos, só pode praticar o que a lei permite. É a lei que distribui competências aos administradores.

O chefe do Poder Executivo quando exercita atividade privativa, por exemplo, expedindo um decreto, está emitindo um comando a todos os seus subordinados para a fiel execução da lei. Não se trata de estar dando ordem nova, ele está apenas explicitando o que está na Constituição. A lei para o servidor público nada mais é do que um comando de ordem pública.

Nos casos de licitações públicas para a aquisição de bens, o administrador tem que comprar somente da pessoa que teve adjudicação daquela licitação, mesmo que outra pessoa ofereça o mesmo produto por preço mais barato, ou seja, o administrador público não pode renunciar o preço contratado mesmo que o outro seja menor, ainda que houvesse lucro para a Administração Pública.

Já os particulares podem negociar o que mais lhes convir. Por exemplo, pode haver negociação sobre uma determinada relação locatícia quando o valor do aluguel estiver incompatível com o que o inquilino pode pagar, independente da lei que possa ser aplicada. Há, na prática, uma renúncia da disposição legal.

Mas, como já vimos, o administrador público não pode fazer isso, em razão do Princípio da Legalidade. O art. 5º, inc. LXXIII da CF/88, que trata da *Ação Popular* (*AP*), disciplinado pela LF 4717/65, constitui um remédio jurídico constitucional para proteção do patrimônio público. Essa *AP* pode ser impetrada por qualquer cidadão, contra atos lesivos praticados contra o patrimônio público ou entidade em que o Estado participe, relacionados à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Assim, se a Administração não invalida o ato ilícito por ela praticado, cabe ao cidadão propor a *AP*;

2) Princípio da Impessoalidade => no art. 37 da CF o legislador fala também da impessoalidade. No campo do DA esta palavra foi uma novidade. O legislador não colocou a palavra finalidade.

Surgiram duas correntes para definir "*impessoalidade*":

a) *impessoalidade relativa aos administrados* -> segundo esta corrente, a Administração só pode praticar atos impessoais se tais atos vão propiciar o bem comum (a coletividade). A explicação para a impessoalidade pode ser buscada no próprio texto Constitucional através de uma interpretação sistemática da mesma. Por exemplo, de acordo com o art. 100 da CF, "*à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda .....far-se-ão na ordem cronológica de apresentação dos precatórios* ..". Não se pode pagar fora desta ordem, pois, do contrário, a Administração Pública estaria praticando ato de impessoalidade;

b) *impessoalidade relativa à Administração* -> segundo esta corrente, os atos impessoais se originam da Administração, não importando quem os tenha praticado. Esse princípio deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridade ou serviços públicos sobre suas relações administrativas no exercício de fato, pois, de acordo com os que defendem esta corrente, os atos são dos órgãos e não dos agentes públicos;

3) Princípio da Finalidade => relacionado com a impessoalidade relativa à Administração, este princípio orienta que as normas administrativas tem que ter sempre como objetivo o interesse público.

Assim, se o agente público pratica atos em conformidade com a lei, encontra-se, indiretamente, com a finalidade, que está embutida na própria norma. Por exemplo, em relação à finalidade, uma reunião, um comício ou uma passeata de interesse coletivo, autorizadas pela Administração Pública, poderão ser dissolvidas, se se tornarem violentas, a ponto de causarem problemas à coletividade (desvio da finalidade).

Nesse caso, quem dissolve a passeata, pratica um ato de interesse público da mesma forma que aquele que a autoriza. O desvio da finalidade pública também pode ser encontrado nos casos de desapropriação de imóveis pelo Poder Público, com finalidade pública, através de indenizações ilícitas;

4) <u>Princípio da Moralidade</u> => este princípio está diretamente relacionado com os próprios atos dos cidadãos comuns em seu convívio com a comunidade, ligando-se à moral e à ética administrativa, estando esta última sempre presente na vida do administrador público, sendo mais rigorosa que a ética comum.

Por exemplo, comete ato imoral o Prefeito Municipal que empregar a sua verba de representação em negócios alheios à sua condição de Administrador Público, pois, é sabido que o administrador público tem que ser honesto, tem que ter probidade e, que todo ato administrativo, além de ser legal, tem que ser moral, sob pena de sua nulidade. O art. XV da CF quando trata dos direitos políticos, se preocupa com a probidade da Administração.

De acordo com o art. XXXVII, § 4° da CF, nos casos de improbidade administrativa, os governantes podem ter suspensos os seus direitos políticos, além da perda do cargo para a Administração, seguindo-se o ressarcimento dos bens e a nulidade do ato ilicitamente praticado. Há um sistema de fiscalização ou mecanismo de controle de todos os atos administrativos praticados. Por exemplo, o Congresso Nacional exerce esse controle através de uma fiscalização contábil externa ou interna sobre toda a Administração Pública.

Também os Tribunais de Contas, sejam eles federais ou estaduais, exercem esse controle através de auditorias nas contas da Administração (geralmente este tipo de fiscalização é feito de surpresa). A Ação Popular, em conformidade com o texto atual da Carta, se preocupa muito mais com os atos lesivos à moralidade do que com os contrários a legalidade. Por outro lado, há uma preocupação dos Tribunais em se afirmar que o controle jurisdicional não se restringe somente à legalidade dos atos administrativos. Estes devem ser focalizados também sob o ângulo da finalidade e da moralidade administrativa;

5) <u>Princípio da Publicidade</u> => é a divulgação oficial do ato da Administração para a ciência do público em geral, com efeito de iniciar a sua atuação externa, ou seja, de gerar efeitos jurídicos. Esses efeitos jurídicos podem ser de direitos e de obrigações.

Por exemplo, o Prefeito Municipal, com o objetivo de preencher determinada vaga existente na sua Administração, nomeia alguém para o cargo de Procurador Municipal. No entanto, para que esse ato de nomeação tenha validade, ele deve ser publicado. E após a sua publicação, o nomeado terá 30 dias para tomar posse. Esse princípio da publicidade é uma generalidade. Todos os atos da Administração têm que ser públicos.

A publicidade dos atos administrativos sofre as seguintes exceções:

1) *<u>nos casos de segurança nacional</u>* -> seja ela de origem militar, econômica, cultural etc.. Nestas situações, os atos não são tornados públicos. Por exemplo, os órgãos de espionagem não fazem publicidade de seus atos;

2) *<u>nos casos de investigação policial</u>* -> onde o Inquérito Policial é extremamente sigiloso (só ação penal que é pública);

3) *<u>nos casos dos atos internos da Administração Pública</u>* -> nestes, por não haver interesse da coletividade, não há razão para serem públicos.

Por outro lado, embora os processos administrativos devam ser públicos, a publicidade se restringe somente aos seus atos intermediários, ou seja, a determinadas fases processuais.

Na prática, há uma forte oposição dos servidores em mostrar o processo as pessoas interessadas (resistência à publicidade). Se isto ocorrer, pode o interessado requerer o fornecimento de certidões da Administração, com base no art. 5°, inc. XXXIV, letra "d", da CF.

Por outro lado, a Publicidade, ao mesmo tempo que inicia os atos, também possibilita àqueles que deles tomam conhecimento, de utilizarem os remédios constitucionais contra eles. Assim, com base em diversos incisos do art. 5° da CF, o interessado poderá se utilizar do *Direito de Petição*, do *Mandado de Segurança* (remédio heróico contra atos ilegais envoltos de abuso de poder), da *Ação Popular* e do *Habeas Data*, além da Suspensão dos Direitos Políticos por improbidade administrativa, elencada no art. 37.

Observa-se que só são cabíveis esses remédios se respeitados determinados prazos. Por exemplo, só é possível a impetração do MS se respeitado o prazo de 120 dias.

A publicidade dos atos administrativos é feita tanto na esfera federal (através do Diário Oficial Federal) como na estadual (através do Diário Oficial Estadual) ou municipal (através do Diário Oficial do Município). Nos Municípios, se não houver o Diário Oficial Municipal, a publicidade poderá ser feita através dos jornais de grande circulação ou afixada em locais conhecidos e determinados pela Administração.

Por último, a Publicidade deve ter objetivo educativo, informativo e de interesse social, não podendo ser utilizados símbolos, imagens etc. que caracterizem a promoção pessoal do Agente Administrativo.

PODERES ADMINISTRATIVOS

O *Executivo* é quem preferencialmente atua na área administrativa.

A Administração Pública é dotada de determinados poderes para que alguém possa fazer o que nos não podemos, ou seja, são instrumentos colocados à disposição da Administração para que ela desenvolva atividades objetivando os interesses estatais previstos na CF, cuja finalidade é o bem comum.

O Executivo é essencialmente a Administração Pública, embora o Judiciário e o Legislativo existam relativamente ao seu apoio de trabalho. A Administração Pública, dotada de supremacia sobre os particulares, é dotada também dos seguintes poderes administrativos:

1) *Poder Vinculado* (ou regrado) -> embora previsto na lei a ponto do administrador público ser uma espécie de robô para produção deste poder, é só a Administração Pública que o detém.

Se o administrador público fugir à disciplina da lei, o ato será inválido. Esse tipo de poder tem que ser exercido no estrito cumprimento da lei.

Exs.: o Poder Público pode desapropriar um bem particular (isto está previsto na CF). No entanto, ele precisa enquadrar esta desapropriação na lei. No DL 3365/41 está escrito que o Poder Público pode desapropriar para corrigir as vias de circulação da cidade para revender aos particulares. Essa desapropriação pode ser tanto por interesse social como nas hipótese da lei.

Quando o Poder Público aposenta um servidor, esse ato de aposentar é feito através de um poder vinculado, poder este inteiramente previsto na lei. O particular que pretende edificar, tem que ter a planta aprovada pelo arquiteto. Este age em conformidade com a lei. E essa conformidade com a lei nada mais é do que o exercício de um poder vinculado;

2) *Poder Discricionário* -> na prática do poder discricionário, o Administrador vai exercer sua função com certa margem de liberdade, diante de cada caso concreto e segundo critérios subjetivos próprios, a fim de realizar os objetivos do ordenamento legal.

Já no poder vinculado, como já vimos, vai exercê-lo inteiramente regrado, inteiramente previsto na lei. No poder discricionário, a própria lei vai oferecer certa margem de liberdade ao administrador. São elementos do poder discricionário o *agente competente*, a *forma prevista em lei* e a *finalidade pública*, tal como ocorre num ato jurídico.

No exercício do Poder Vinculado se produz ato administrativo vinculado, onde o objeto é a mensagem jurídica, é o que altera a ordem jurídica.

Na demissão por abandono de cargo, o *agente competente* pode ser o Prefeito; *a forma*, é a demissão por decreto; *a finalidade* é que a demissão é para o aperfeiçoamento do serviço público. Trata-se de um ato regrado produzido no exercício do poder vinculado. No poder discricionário, o agente, a forma e a finalidade estão previstos na lei, menos o objeto e o motivo, que embora presentes, não estão regrados, pois, nestes residem a margem de liberdade do administrador, que fará uma reflexão de conveniência e oportunidade para a produção de uma solução.

Muitas vezes o administrador tem que avaliar o custo-benefício de uma situação para saber se deve ou não utilizar o poder discricionário. Se todos os atos fossem vinculados, seria difícil a existência do ordenamento jurídico.

Três são os *fundamentos do poder discricionário*:

I- *Intenção deliberada do legislador em dotar a Administração de certa liberdade para que possa decidir diante do caso concreto, tendo em conta a sua posição mais favorável para reconhecer diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de realização da finalidade legal. É o legislador que intencionalmente reservou este campo de liberdade. Atende muito melhor o interesse da coletividade do que a lei, em relação a realidade local;*

II- Impossibilidade material do legislador prever todas as situações fazendo com que a regulação seja mais flexível para possibilitar a maior e melhor solução dos acontecimentos sociais;

III- Inviabilidade jurídica de suprimir-se a discricionariedade no regime de poder tripartido, porque o legislador para evitá-la teria de afastar-se da abstração que é própria das leis e acabaria invadindo o campo de individualização que não lhe é próprio por ser área administrativa.

Se o legislador tivesse que prever tudo pela lei, a lei não seria esta norma abstrata.

Como já vimos, a discricionariedade é uma marca do Executivo. Os administradores, com certa margem de subjetivismo, vão dar a solução para cada caso concreto. Por exemplo, as ruas, avenidas , praças e calçadas são bens comuns que têm uma utilização comum que é institucional.

O Poder Público, com discricionariedade, avaliando o interesse coletivo, num dado momento pode autorizar a colocação de uma banca de frutas no meio da praça. Ele discricionariamente permite isso porque entendeu que naquele determinado momento era importante para a coletividade que assim se fizesse acontecer.

Essa atividade discricionária partiu do agente competente, com forma legal para atingir aquela finalidade pública.

O motivo e o objeto, embora presentes, não estavam previstos na lei, o que permitiu que o administrador pudesse refletir o que devia ser feito.

O juiz não poderá mandar retirar a banca de frutas da praça, ainda que ele entenda que a Administração não foi feliz na adoção de tal critério. A Administração só sacrifica o bem particular se há interesse coletivo. Se há abuso de poder, ultrapassa-se da discricionariedade para a arbitrariedade.

Torna-se importante dizer que se a discricionariedade preencher todos os requisitos legais, nem mesmo o Poder Judiciário pode revisar os atos ou substituir o critério do Administrador Público. Existem algumas limitações quanto ao uso do poder discricionário.

Externamente, tais limitações localizam-se no ordenamento jurídico e internamente, nas exigências do bem comum e da moralidade administrativa. Se a atividade se afastar dessas situações, gerando atos com excesso de poder, a Administração pode revisar esses atos para conformizá-los com a lei ou serão anulados pelo Judiciário. O comportamento do administrador leva em consideração o *bom senso*, o *senso de justiça*, a *proporcionalidade* e a *razoabilidade*.

Se uma empresa, num dado momento, passa a produzir gêneros alimentícios perecíveis que não são de boa qualidade, ela poderá ser lacrada ou essas mercadorias poderão simplesmente ser recolhidas. Mas, se era suficiente recolher e o administrador lacrou, não foi um *ato razoável.* No entanto, se o sistema de refrigeração da empresa estava quebrado, a lacração foi apropriada.

3) *Poder Hierárquico* -> a Administração Pública tem um modelo de estrutura hierarquizada, simbolizada por alguns como trapézio, e por outros, como pirâmide, cuja base comporta um determinado número de integrantes que vai diminuindo até o vértice.

Esta estrutura representa os órgãos públicos, espalhados por toda a Administração. Eles têm suas hierarquias.

Os Poderes Legislativo e Judiciário não apresentam hierarquias senão para o seu funcionamento. Esta hierarquia é própria da Administração.

Poder hierárquico é aquele utilizado pelo Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos e serviços, fixando relação de subordinação entre os seus servidores. Ex.: Prefeito -> Secretário da Saúde -> Diretor de Saúde -> Coordenador de Saúde.

Esse poder hierárquico existe para que sejam atingidos determinados objetivos que são:

a) ***ordenação*** **->** por esta se reparte e se escalonam as funções entre os agentes do poder para maior eficiência no desempenho das funções;

b) ***coordenação*** **->** por esta se conjugam as funções, obtendo uma harmonia na sua efetivação, que resulta na perfeita execução dos serviços pertinentes a determinado órgão. Ex: a Prefeitura representa a comunidade na defesa de seus interesses. As suas funções são distribuídas nos seus órgãos (secretarias).
Estas têm determinadas funções no conjunto desta administração. É possível que esses órgãos possam desenvolver determinadas atividades de maneira harmônica, como por exemplo, uma campanha de vacinação. O Prefeito (superior hierárquico) tem a possibilidade de chamar os seus secretários e dizer: no dia tal eu pretendo vacinar toda a população de Jundiaí contra meningite do tipo "C". Assim, determina: a) ao Secretário da Educação do Município que forneça os estabelecimentos de ensino como local para a vacinação; b) ao Secretário da Saúde do Município que providencie as vacinas; c) ao Secretário dos Transportes do Município que providencie vários ônibus para o transportes das pessoas até os locais de vacinação etc.. Trata-se, portanto, de uma atividade coordenada;

3) ***controle*** **->** permite o exato cumprimento das leis e instruções, inclusive do comportamento e da conduta de cada um deles;

4) ***correção*** -> os erros administrativos são corrigidos pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos subalternos.

Conclusão: a hierarquia representa um instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço, agindo também como meio de responsabilização dos agentes administrativos e impondo-lhes o dever de obediência.

Considerações a respeito do ***dever de obediência***:

1) O subordinado não deve cumprir ordem manifestamente ilegal. Ex.: o chefe de um serviço público determina ao seu subordinado hierárquico que compre um buquê de rosas com dinheiro público para presentear a sua namorada. Se este não cumprir esta ordem, não será penalizado, pois trata-se de ordem manifestamente ilegal;

2) Esse respeito hierárquico do inferior para com o superior não pode suprimir o senso do legal e ilegal, do lícito e ilícito, do honesto e desonesto, porque ele seria nada mais do que um cumpridor de ordens sem a devida sensibilidade de saber se utilizar do senso subjetivo pessoal;

3) A iniciativa própria do subalterno segundo a competência legal deve ser respeitada. A ordem deve ser dada em conformidade com as atividades exercidas pela pessoa. Ex.: um topógrafo, ao receber ordens para executar um determinado serviço de topografia, não poderá descumpri-la. No entanto, não poderá cumprir ordens para praticar serviços aos quais não tem competência;

4) Não cabe ao subalterno a apreciação de conveniência e oportunidade das determinações dos superiores hierárquicos. Ex.: o chefe do Posto de Saúde de determinada cidade, fazendo uma perquirição a respeito de uma onda de mosquitos transmissores da dengue sobre o Município, chega a conclusão que será necessário fumegar os riachos, limpar os vasos de plantas das casas, retirar todos os pneus, latas e garrafas velhas etc.. Dessa maneira, dá ordens aos seus subordinados para que iniciem esta campanha a partir das 06 horas da manhã do dia seguinte (lembrem-se: o professor disse que nesta hora os mosquitos serão pegos de

surpresa, pois ainda estão dormindo!). A estes (aos subordinados), não cabe esta perquirição, ou seja, não poderão apreciar a conveniência e oportunidade da ordem proferida pelo chefe do Posto de Saúde.

Os inferiores hierárquicos devem cumprir as ordens em razão do seu dever de obediência. O descumprimento ou retardamento de ordem superior acarreta violação disciplinar e até crime penal (prevaricação, art. 319 do CP).

Os prazos processuais também existem na Administração Pública. Se não cumpridos, ficam os responsáveis expostos as sanções acima referidas.

O poder hierárquico decorre para o superior hierárquico faculdades implícitas. Porque existe o poder hierárquico, os superiores em relação aos inferiores podem praticar determinados atos. Assim temos:

Atos praticados por superiores hierárquicos:

a) *Dar ordens* -> diante de cada caso concreto, os superiores determinam aos subalternos a prática de ato específico e também qual a sua conduta;

b) *Fiscalizar* -> os superiores exercem vigilância dos atos dos subordinados, visando enquadrá-los nos padrões legais e regulamentares. Eles podem delegar, ou seja, transmitir a outro competência que originariamente lhe foi atribuída;

c) *Delegar* -> é conferir a outrem atribuições que originariamente competiam ao delegante. As delegações dentro do mesmo poder são admissíveis, desde que o delegado esteja em condições de exercê-las. Ex.: o agente fiscal de rendas pode transferir a outra pessoa uma competência que a lei lhe conferiu.

O que não se admite, no nosso sistema constitucional, é a delegação de atribuições de um Poder a outro, como também não se permite delegação de atos de natureza política, como a do poder de tributar, a sanção e o veto de lei.

No âmbito administrativo as delegações são freqüentes, e, como emanam do poder hierárquico, não podem ser recusadas pelo inferior, como também não podem ser subdelegadas sem expressa autorização do delegante. Outra restrição à delegação é a de atribuição conferida pela lei especificamente a determinado órgão ou agente. Delegáveis, portanto, são as atribuições genéricas, não individualizadas nem fixadas como privativas de certo executor.

Na Administração federal a delegação está regulamentada pelo Dec. 83.937/79. A delegação também está definida em lei constitucional, em conformidade com o art. 68 da CF que diz: "*As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deve solicitar delegação ao Congresso Nacional*".

d) *Avocar* -> significa chamar para si uma competência que foi atribuída a um subordinado. Só deve ser adotada pelo superior hierárquico quando houver motivos relevantes para tal substituição, isto porque a avocação de um ato sempre desprestigia o inferior, e não raro, desorganiza o normal funcionamento do serviço.

Delegação e avocação de competência têm que estar na lei e implicam em transferência de competência, ou seja, substitui-se a competência do inferior pela do superior hierárquico. Observa-se que a avocação desonera o inferior de toda responsabilidade pelo ato avocado pelo superior. Assim sendo, a responsabilidade é de quem pratica o ato.

Não pode ser avocada atribuição que a lei expressamente confere a determinado órgão ou agente, como por exemplo, a aprovação de um ato por autoridade superior diversa da que deveria praticá-lo originariamente por determinação legal;

e) ***Rever*** **->** a revisão dos atos dos subordinados poderá ser feita em todos os seus aspectos (competência, forma, finalidade, objeto, oportunidade, conveniência e justiça) para mantê-los, corrigi-los ou invalidá-los. Isto poderá ser feito espontaneamente pela Administração ou provocado por alguém.

A revisão é um regra geral nos atos da Administração.

Exceções:

1) quando o ato se torna definitivo para a Administração;

2) quando houver a criação de direito subjetivo do particular, oponível para Administração. Se, de acordo com o art. 5°, inc. XXXVI da CF, a lei não pode afrontar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, será impossível que um simples ato administrativo altere tais circunstâncias;

4) ***Poder Disciplinar*** **->** é uma faculdade conferida ao Administrador Público para reprimir as infrações funcionais dos seus funcionários, assim como de outras pessoas ligadas aos órgãos e serviços administrativos.

Utilizando-se do *poder disciplinar*, a *Administração* vai verificar quais as infrações cometidas pelos diversos funcionários, sejam eles serventuários estatutários ou de caráter precário, podendo aplicar-lhes penas.

O *poder disciplinar* nada tem a ver com o poder de punir (*jus puniendi*) do Estado. O diretor de uma escola utiliza o *poder disciplinar* no sentido de organização, o que é diferente do *poder disciplinar* utilizado pela *Administração*.

O *poder disciplinar* se refere aos servidores públicos e as pessoas ligadas à *Administração*, enquanto que o poder punitivo do Estado alcança toda população, inclusive os servidores públicos.
O *poder disciplinar* se refere as infrações no serviço público; o poder punitivo do Estado se refere à repressão dos crimes e contravenções penais. O *poder disciplinar* se desenvolve internamente na *Administração Pública* (por ex.: controlando as faltas dos funcionários e aplicando-lhes sanções); o poder punitivo do Estado vai ser realizado através do *Poder Judiciário* pelo seu braço criminal.

O *poder disciplinar* tem uma finalidade pública de aperfeiçoamento do serviço público; o poder punitivo do Estado objetiva uma harmonia social, se as pessoas obedecerem as suas regras. Caso não obedeçam, o Estado puni os infratores através de sanções.

As regras do *poder disciplinar* e do poder punitivo são diferentes.

No serviço público não há pena privativa de liberdade, somente sanções administrativas. É possível que uma mesma infração possa dar ensejo a punição disciplinar e criminal ao mesmo tempo, sem que com isto ocorra o "*bis in idem*", pois, como já dissemos, as suas penas são diferentes.

Assim, se um agente público leva para a sua casa um objeto pertencente a repartição onde trabalha, com o intuito de ficar com ele, está praticando crime de *peculato* (crime praticado por servidor público contra a *Administração Pública*, previsto no CP) e ao mesmo tempo, uma *infração administrativa* (infração disciplinar). Será punido pelo Estado (pena privativa de liberdade) e também pela *Administração* (demissão). Sempre que a infração caracterizar um delito, haverá infração administrativa.

O exercício do *poder disciplinar* pela *Administração* vai caracterizar o exercício de um outro poder: o do *poder discricionário*. Por exemplo, no campo criminal, o juiz, ao aplicar uma pena, ele o fará com base no que está previsto na lei (pena em abstrato). No entanto, ele vai dosar a pena dentro de certos limites permitidos em cada caso concreto (pena concretizada).

Assim, ao fixar a dosagem da sanção, estará utilizando de discricionariedade.

No campo administrativo, há um elenco muito pequeno de sanções para um universo imenso de infrações, cabendo ao administrador avaliar as situações ocorridas, de acordo com o seu prudente critério, aplicando a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.

A lei 8112/90 surgiu para disciplinar as penalidades referentes as infrações praticadas pelos servidores públicos.

Entre as penalidades por ela elencadas, três são as mais importantes: a ***advertência***, a ***suspensão*** e a ***demissão***.

Assim, o administrador, discricionariamente, adverte, suspende ou demite o servidor. Por outro lado, se a pena de demissão já é prevista por lei, não se pode falar em discricionariedade. A demissão é, portanto, vinculada. Exemplos de algumas situações em que a demissão deve ser aplicada: abandono do cargo, insubordinação, improbidade administrativa, ofensa física, aplicação irregular do dinheiro público etc..

Existe no campo do D. Penal um elenco de delitos previstos para o servidor público, além da legislação esparsa que tem características das ações dos servidores passíveis de ação penal. Alguns autores chamam o *poder disciplinar* de *poder-dever*. Isto é dito porque o *Administrador Público*, se for competente, não pode deixar de sancionar o infrator; ou, se incompetente, deixar de comunicar a infração a autoridade competente.

Trata-se de poder-dever porque a própria legislação penal previu esta necessidade, através do art. 330 do CP (*condescendência criminosa*). Como já existe essa previsão em relação ao crime, o administrador terá que comunicar as infrações pertinentes a sua *Administração* aos seus superiores hierárquicos, caso contrário, responderá por sanções administrativas. O administrador tem que fazer sempre uma motivação toda vez que se utilizar do *poder discricionário*. Essa motivação da punição disciplinar é imprescindível para a validade da pena. Não se pode admitir como legal a punição desacompanhada de justificativa da autoridade que a impõe.

O *poder disciplinar* está ligado ao *poder discricionário*.

No campo do D. Administrativo, o servidor pode entrar com *MS*, que é um remédio constitucional indicado para os casos de abuso de poder. A lei que faz a regulamentação do *MS*, em matéria de assunto disciplinar dos servidores, determina que ele só deve ser utilizado contra ato de autoridade incompetente.

Trata-se de uma via rápida, de um remédio heróico constitucional, onde o juiz poderá ou não conceder uma liminar para o bom direito, pois a solução poderá não ser definitiva.

O *MS* só cabe em matéria disciplinar nas hipóteses:

a) contra ato disciplinar de autoridade incompetente (ex.: uma lei que é aplicada pelo secretário de obras quando o deveria ser pelo Prefeito, que é a autoridade competente);
b) contra ato disciplinar ou inobservância de formalidade essencial (onde deve ser baixada uma portaria, com a finalidade de notificar ao acusado qual é o limite da acusação existente contra ele). Para outras hipóteses, usam-se ações ordinárias.

Por outro lado, o *Administrador Público*, em matéria disciplinar, a despeito da autoridade de agir discricionariamente, tem que fazer uma motivação (explicação da aplicação da sanção), visto que esta é o controle que o *Poder Judiciário* poderá fazer sobre o bom senso, a proporcionalidade e a racionabilidade da sanção por ele aplicada. Trata-se da explicação.

5) *Poder Regulamentar*-> é a faculdade de explicitar a lei, para a sua correta execução ou, de expedir decretos normativos autônomos sobre matéria de sua competência, ainda não regulada por lei.

Permite duas ações:

a) existindo uma lei, a *Administração* tem o poder de explicitá-la (torná-la exeqüível).

No Estado de S. Paulo, existe uma lei, de natureza tributária, que instituiu o ICMS, com 180 artigos. E para explicá-la, existe um decreto regulamentar, que tem 800 artigos. Por ex., a saída de mercadoria de um determinado estabelecimento comercial, constituindo fato gerador de ICMS, deve ser taxada em determinada cifra sobre o valor da mesma (no nosso Estado esta taxa é de 18%).

Na prática, de acordo com o decreto regulamentar referente a essa lei, o comerciante só estará obrigado a recolher esse imposto após apuração do balanço mensal referente a entrada e saída de todas as mercadorias do seu estabelecimento;

b) o regulamento pode ser também autônomo (a *Administração Pública* emite decretos para situações não previstas em lei). Ex.: os espaços como as piscinas, os teatros e os campos de futebol, são áreas regulamentadas para o uso público, cuja utilização necessita de requerimento para essa finalidade.

O regulamento explica aquilo que foi dito genericamente na lei e a torna exeqüível.

O Poder Regulamentar consiste em um poder inerente e privado do chefe do executivo, e, por isso, indelegável a qualquer subordinado (art. 84, inc. IV da CF).

O regulamento decorrente desse Poder Regulamentar é o *decreto regulamentar*, que é uma ordem dada para a *Administração Pública*. Esse decreto regulamentar é um decreto especial que contém, portanto, esse poder, conhecido como *regulamento*, que se trata de um *ato administrativo* geral e normativo, expedido privativamente pelo chefe do executivo federal, estadual ou municipal, através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei ou prover situações não disciplinadas por ela.

Lei em sentido formal e material é a norma geral e abstrata de conduta, aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo. Tanto o decreto quanto a lei são normas genéricas e abstratas.

O decreto é privativo do chefe do poder executivo e a lei tem que passar pela aprovação do legislativo. Formalmente, a lei é diferente do decreto, mas no conteúdo é igual a ele. A lei pode ou não ser regulamentada.

Todo decreto regulamentar (regulamento) é hierarquicamente inferior a lei, devendo-lhe ser fiel, só podendo explicá-la. No entanto, o regulamento pode, em alguns casos, regrar uma situação ainda não prevista pela norma.

Assemelha-se a lei pelo seu conteúdo e pelo seu poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo ato inferior a lei, o regulamento não pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Se as leis trazem as recomendações de serem regulamentadas, não são inexeqüíveis de expedição do decreto regulamentar.

Considerações:

a) nem toda lei depende de regulamento (existem leis auto-aplicáveis). Por ex., todo empregado ao sair de férias tem direito a receber 1/3 a mais sobre o seu salário. Trata-se de norma auto-aplicável;

b) toda lei pode ser regulamentada, se o executivo julgar conveniente;

c) o regulamento não pode contrariar, restringir ou ampliar a lei - só pode explicitá-la;

d) existem leis com determinação de serem regulamentadas. As vezes, nesta determinação existe um prazo.

Fica fixada uma condição jurídica, onde a eficácia da lei fica estabelecida em um regulamento.

Quando a própria lei fixa prazo para sua regulamentação, decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar os seus preceitos e obter todas as vantagens deles decorrentes, desde que eles possam ser obtidos sem o regulamento, visto que a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do legislativo.

Há algum tempo atrás, quando o Executivo deixou de regulamentar a lei, o Judiciário concedia esse direito de regulamentá-la, caso a caso. Hoje existe uma ação própria para isso, o chamado *Mandado de Injunção* (MI), que é uma novidade no direito brasileiro, não tendo sido regulamentado até agora (art. 5°, inc. LXXI da CF).

Assim, se o regulamento é necessário mas ainda não foi feito, o beneficiário poderá valer-se do MI para obtenção de norma regulamentadora. Alguns tribunais mandam transitar esse pedido de *MI* como se fosse um *Mandado de Segurança* (MS), recomendando que o Executivo apenas regulamente tal matéria.

6) ***Poder de Polícia*** - a palavra polícia tem sua origem etimológica em *politéia*, que significava "o conjunto das atividades estatais". O seu anterior sentido jurídico não se confunde com o atual, que é o de "polícia administrativa".

Nos dias de hoje, a polícia pressupõe a existência de um ambiente em que a coletividade e os indivíduos tenham um grande elenco de direitos, em pleno exercício, com influência direta do Estado sobre todos.

Na antigüidade, a composição social, formada pelo cidadão grego e estrangeiros ricos e pobres, estava subjugada pelo Estado, que interferia na vida das pessoas de maneira absolutista. As pessoas que estavam permanentemente à disposição do Estado, não tinham plenitude do exercício individual. Na polícia moderna, pressupõe-se a existência consolidada desta plenitude.

Em resumo, o moderno Estado brasileiro permite o exercício individual dos direitos da coletividade, onde a polícia brasileira está distribuída sob um ângulo de competência legislativa e sob um ângulo de competência executiva.

I- Conceitos de Poder de Polícia

a)*Otto Mayer*-> "é a atividade do Estado que visa defender pelos meios do poder da autoridade à boa ordem da coisa pública, contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer";

b) *Caio Tácito*-> "é em suma, o conjunto de atribuições concedidas à *Administração* para disciplinar e restringir em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais";

c) *Hely Lopes Meirelles*-> "é a faculdade que dispõe a *Administração Pública* para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado";

d) *Temístoles Brandão Cavalcante*-> "é a disciplina das atividades individuais imposta pela coletividade, cujos direitos devem ser respeitados pelos indivíduos"; e) "representa um freio colocado em favor da *Administração Pública*, com o objetivo de conter os excessos individuais".

No Brasil, como o *poder de polícia* também cuida da cobrança de taxas, tem que estar escrito em uma lei tributária que, quando alguém pratica uma determinada ação, o Estado tem o direito de cobrar de quem a praticou. A lei tributária 5.172/66, no seu art. 78 contém um conceito legal de poder de polícia.

Principais diferenças entre a Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária e de Manutenção da Ordem Pública:

1) ***Polícia Administrativa*** - age sobre bens, direito e atividade; encontra-se espalhada sobre toda *Administração*; rege-se por normas administrativas; é prevalentemente preventiva, podendo ser repressiva;

2) ***Polícia Judiciária e de Manutenção da Ordem Pública*** - atua sobre pessoas, individual ou coletivamente; é concentrada em determinados órgãos ou corporações; rege-se por normas processuais penais e regulamentos; é prevalentemente repressiva, podendo ser preventiva.

II- Fundamento do Poder de Polícia

É a supremacia do Executivo sobre os particulares, que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de *Poder Público*.

Na estruturação do Estado, ao lhe entregamos esse poder para cuidar dos interesses coletivos, ele passa a interferir sobre cada um de nós, para satisfazer os interesses de todos. Essa supremacia não é invenção da doutrina, está consagrada no ordenamento jurídico vigente, está dentro do texto constitucional.

Quando o art. 5º da CF diz que a propriedade atenderá a função social, contraria aquele antigo conceito de que o proprietário era o senhor absoluto das terras. Nos dias atuais não se pode deixar a propriedade ociosa, ela tem que exercer a sua função social, que é a de gerar empregos. Além disso, o *Poder Público* pode desapropriá-la para utilização pública, se esse benefício for realmente útil, necessário para a coletividade.

De acordo com o inc. XII do art. 5°, qualquer profissão pode ser exercida por qualquer pessoa, desde que em conformidade com as disposições legais. As pessoas podem exercer as profissões que desejarem, mas o Estado impõe sob quais condições. O art. 170 da CF diz que a ordem econômica tem por fim

assegurar a todos uma existência digna. Admite-se a livre iniciativa para comerciar, exercer determinadas profissões etc., desde que tudo isso seja fiscalizado pelo Estado, que tem a supremacia sobre os particulares. Certas leis municipais que disciplinam as construções urbanas, como por ex., o Código das Águas, o Código Florestal, o Código de Caça e Pesca, são leis infraconstitucionais que submetem as pessoas a esta supremacia estatal.

III- O Objeto do Poder de Polícia

É o bem, direito ou atividade individual que afeta a coletividade ou põe em risco a segurança nacional, exigindo regulamentação, controle, contenção do *Poder Público*, que vai resultar em restrição ao uso do bem, condição para exercício de direito e limite à execução de atividade.

Não só a pessoa física, mas também a pessoa jurídica pode cometer infrações no campo do poder de polícia.

IV- Finalidade do Poder de Polícia

É a proteção ao interesse público em sentido amplo, que deve ser interpretada, além do campo material, também no campo moral e espiritual (proteção à propriedade, às tradições, aos heróis nacionais, ao folclore etc.).

V- Extensão do Poder de Polícia

Abrange tudo: proteção à moral e bons costumes, propriedade, segurança nacional, construções, transportes, proteção ao meio ambiente etc. A cada um desses campos acaba surgindo uma polícia administrativa (polícia sanitária, das profissões, do comércio, dos costumes etc.). As autoridades têm que ter a sensibilidade daquilo que se deve proteger, levando-se em conta o momento social.

VI- Limite do Poder de Polícia

É a conciliação entre o interesse social e os direitos fundamentais do indivíduo. Como o Estado cuida dos direitos coletivos num ambiente de plenitude de direitos individuais, na medida que vamos exercê-los, nos deparamos com outras pessoas que também pretendem exercer esses mesmos direitos e o Estado tem que achar esse ponto de equilíbrio.

VII- Atributos do Poder de Polícia

O *poder de polícia* enseja a produção de atos administrativos que têm determinadas qualificações, que lhe são atributos. Diante de um ato e com a verificação do seu usufruto, podemos dizer se é ou não *ato de poder de polícia administrativa*. Esses atributos são os seguintes:

a) *Discricionariedade* - utilizando-se do *poder discricionário*, o Administrador Público, diante de um caso concreto, vai agir com certa margem de liberdade, fazendo a perquirição da conveniência e oportunidade de praticar ou não determinado ato.

Como não há possibilidade de um manual para se elencar todas as providências a serem tomadas pela *Administração* em virtude de haver uma porção de situações fáticas que não estão previstas na lei, o Administrador Público soluciona certos casos utilizando-se do *poder de polícia*, conjugado com o *poder discricionário*. Os atos do *poder de polícia* são também, na generalidade, atos do *poder discricionário*. Essa discricionariedade não é arbitrariedade- é a eficiência e rapidez do Administrador Público.

b) *Autoexecutoriedade* - é a faculdade da *Administração Pública* decidir e executar diretamente a sua decisão por seus próprios meios, sem a intervenção do Judiciário.

Isto significa que a *Administração Pública*, no campo do *poder de polícia* decide as questões e age, sem ter que consultar o *Poder Judiciário*.

Há uma *exceção*: quando a *Administração Pública* tem que receber seus créditos decorrentes de multas aplicadas aos particulares, pois, para recebê-los, é necessário a demorada e onerosa tramitação de um *processo administrativo*. É por isso que na prática, milhares de multas não são cobradas.

Torna-se importante dizer que a autoexecutoriedade do *poder de polícia* não deve ser confundida com punição sumária pois, as punições, previstas na lei, são decididas pelo Judiciário.

c) *Coercibilidade* (imperatividade) - esse atributo representa uma imposição coativa das medidas adotadas pela *Administração*.

Os atos administrativos, além de discricionários e munidos de executoriedade, podem ser também imperativos, ou seja, de cumprimento obrigatório. Essa coercibilidade não significa violência desnecessária ou desproporcional.

Por exemplo, quando um fiscal multa um determinado açougue que está vendendo carne contaminada, pratica um ato de coercibilidade. Praticaria violência desnecessária, se agredisse o açougueiro ou, violência desproporcional, se lacrasse o seu estabelecimento, ao invés de, simplesmente multá-lo.

VIII- Meios de atuação do Poder de Polícia

No exercício do poder de polícia, a *Administração* é prevalentemente preventiva. Nessa atuação são produzidas regras de comportamento em várias áreas (sanitária, de trânsito, de comércio, de construção etc.) com um elenco de normas punitivas antecipadamente preparadas pelo poder executivo competente, para que todos tenham conhecimento delas e de suas sanções. Isto significa atuar de maneira preventiva.

Aquele que pretende praticar uma determinada atividade deve dirigir-se à *Administração* competente, dizendo o que vai fazer. A *Administração* , verificando o preenchimento das condições, vai manifestar-se sobre esse assunto. Ao deferir o pedido, documenta isso, expedindo um alvará, que é um instrumento de licença ou de autorização para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito, dependente de polícia administrativa.

Assim, temos dois tipos de alvará:

a) *Alvará de licença*

Tem um caráter de definitividade, sendo vinculante para a *Administração Pública*, quando expedido diante de um direito subjetivo com satisfação das normas administrativas.

Exs.: licenciamento de veículo, licença para edificação etc.;

b) *Alvará de autorização*

Tem o caráter de ser precário. Ele contém discricionariedade e representa uma liberalidade da *Administração*, sem qualquer obstáculo legal.

Por ex., a *Administração* Municipal ao autorizar a colocação de uma banca de revistas numa praça pública, pode, a qualquer tempo, retirá-la de lá; da mesma forma, a autoridade policial que autoriza o cidadão a portar arma, pode desfazer esta autorização a qualquer tempo.

O alvará pode revogado, cassado ou anulado, dependendo de cada caso concreto. Assim temos:

1) **Revogação -** é utilizada quando a *Administração*, após avaliar determinado ato, por razões de conveniência e oportunidade, o desfaz. No caso do alvará de licença, a revogação é complicada, pois ela tem definitividade. No entanto, se ocorrer interesse público superveniente e justificado, pode ser possível essa revogação, mediante indenização do proprietário.

Já no caso do alvará de autorização, a revogação pode ocorrer sem indenização ou qualquer compromisso da *Administração*. Por ex., o porte de arma pode ser revogado em qualquer tempo, por decisão do executivo;

2) **Cassação -** é utilizada quando por descumprimento das normas legais de execução. Há um descumprimento das normas constitutivas.

Por ex., o porte de arma também pode ser cassado, caso o indivíduo o esteja portando ostensivamente; o alvará de licença para construção de um prédio pode ser cassado, se o mesmo for construído com um número superior de andares, diferente daquele permitido pela *Administração*;

3) Anulação - é utilizada quando tiver ocorrido ilegalidade na expedição do alvará.

Por ex., alvará concedido por autoridade incompetente, ou mesmo que tenha sido concedido por autoridade competente mas com informações incorretas prestadas pelo interessado, ou ainda, por falsificação de documentos ou através de meios ilícitos (ex.: um porte concedido para determinada arma e utilizado indevidamente para outra não autorizada).

Obs: não há diferença entre alvará de licença e de autorização, no tocante à cassação.

A *Administração* continua permanentemente exercendo o poder de polícia através da fiscalização. Assim, toda vez que ela detectar infrações, uma sanção correspondente será aplicada ao cidadão infrator.

Sanções mais utilizadas pela *Administração Pública*:

a) *multa* - é a mais comum das sanções. É a única atuação em que o Estado não utiliza a autoexecutoriedade. Isto porque, como já vimos, se a *Administração Pública* tentasse receber seus créditos decorrentes de multas aplicadas aos particulares, necessário seria uma onerosa e demorada tramitação de um *processo administrativo*;

b) *interdição de atividade* - se a pessoa não exerce a atividade corretamente, haverá interdição dessa atividade, feita pela *Administração*.

Essa atuação do Estado pode ser vista quando, por ex., um areeiro que não faz o replantio da vegetação (mata ciliar) e a recomposição das margens dos rios por ele utilizados para a extração de areia, pode ter a sua atividade interditada;

c) *demolição de construção* - demolição de uma edícula que não constava na planta aprovada pela *Administração* do Município; demolição do último andar de um prédio de 11 andares, cuja planta estava aprovada para serem construídos somente dez;

d) *embargo de obra* - é *judicial* quando aplicado aos particulares, por ex., o embargo de uma obra cujo estaqueamento utilizado para preparo do solo esteja provocando rachaduras na casa vizinha; é *administrativo* quando o administrador embarga obra que não está seguindo as normas da *Administração Pública*, como por ex., a violação das normas de segurança em uma determinada construção;

e) *destruição de objetos* - certos artefatos industrializados, por oferecerem riscos à população, devem ser apreendidos e destruídos pela *Administração*.

Por ex., brinquedos perigosos ou mesmo com simples borrachas utilizadas por escolares, contendo elementos químicos perigosos para a saúde;

f) *inutilização de alimentos* - a destruição de gêneros alimentícios pode ser feita pela *Administração*, da mesma forma que para objetos perigosos.

Por ex., um caminhão frigorífico pode ter toda a sua mercadoria de yogourt apreendida e destruída, caso o seu sistema de refrigeração esteja quebrado, pondo em risco a saúde do consumidor ;

g) *proibição da fabricação de certos produtos* - certos produtos, por oferecerem perigo à coletividade, são impedidos de serem fabricados e comercializados, evitando-se assim, que cheguem às mãos da população. Por ex., existe uma proibição de se fabricar *lança-perfumes* e outras substâncias, elencadas como substâncias tóxicas pelo Código Penal.

Muitas vezes a aplicação dessas sanções é confundida com arbitrariedade. E para que isso não aconteça, tem que haver um controle da validade do *ato administrativo* aplicado. Além do mais, a *Administração*, ao aplicar o ato, deve fazê-lo sempre de acordo com o interesse da coletividade.

IX- Condições de validade do Poder de Polícia

O *ato administrativo* é ato jurídico que tem determinados elementos em sua composição. São elementos do *ato administrativo*: o agente competente, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto. Seja o ato vinculado ou discricionário, ele contém, via de regra, esses cinco elementos. Entretanto, se o *ato administrativo* é *vinculado*, todos os elementos estão previstos na lei; se é *ato administrativo discricionário*, somente os três primeiros.

O *ato administrativo* do poder de polícia é essencialmente discricionário. E sendo discricionário, há um controle de validade na sua aplicação. Controlar a validade do ato discricionário significa verificar: a) se o ato foi praticado por agente competente; b) se o ato foi praticado de forma legal; c) se o ato está atingindo uma finalidade pública.

Motivo nada mais é do que uma situação de fato que surge e que é solucionada pelo administrador, através de diversos meios, dentro da ordem jurídica.

Há um outro tipo de controle na aplicação do *ato administrativo* discricionário:

a) se houve *proporcionalidade da sanção* - a restrição imposta ao particular tem que guardar correspondência com o benefício social. Assim, o poder de polícia só se justifica no ambiente com ampla liberdade, não se chocando com os interesses coletivos, ou seja, não deve afrontar os direitos da coletividade; a infração cometida, da mesma maneira, tem que ter esta correspondência com a sanção aplicada.

Assim, se o frigorífico de um estabelecimento estiver quebrado, deverá ser lacrado, não havendo necessidade da fabrica toda ser fechada; se uma determinada tabuleta está atrapalhando o trânsito da calçada, pode ser feita uma multa, não há necessidade de se lacrar o estabelecimento. O bom senso e a razoabilidade devem ser usados nesta avaliação;

b) se houve *legalidade dos meios empregados* - o administrador não inventa a sanção, ela está prevista na lei. Ao cumpri-la, está atuando no meio de elementos humanos que têm determinadas restrições e limitações. Tem que haver compatibilidade entre a urgência e a necessidade.

Deve ser considerado urgente que a carne estragada de um caminhão frigorífico seja incinerada, antes que a população a consuma; por outro lado, não deverá ser urgente a demolição de um prédio cuja construção tenha sido irregular. Alguns atos, portanto, são imediatamente necessários, enquanto que outros não.

X- Modalidades do Poder da Polícia Administrativa:

a) *Polícia administrativa no campo do pensamento*

As pessoas têm o direito de manifestar o pensamento (inc. IX, c/c inc. IV do art. 5° da CF). Só quando pensamos em exteriorizar os nossos pensamentos é que surge algum tipo de oposição (censura).

A CF anterior tinha um posicionamento sobre essa censura, onde todas as manifestações filosóficas, científicas, religiosas ou políticas, feitas através de livros, revistas, jornal etc., estavam submetidas a chamada *censura prévia* (atestado de censura). Porém, a partir de 88, essa censura prévia foi abolida, persistindo, porém, todo aquele ordenamento infraconstitucional que estava organizado para a sua existência. E o sistema atual, que se originou no modelo americano, não dispõe de um ordenamento jurídico correspondente.

Nesse sistema atual, embora não exista censura, há uma responsabilização das pessoas perante a manifestação do seu pensamento. Não havendo outro ordenamento jurídico que atenda a atualidade, juizes e promotores têm se socorrido com a lei de imprensa (que é arcaica). Como o ambiente parece ser democrático e aberto, não há razão para as pessoas se preocuparem com a censura. A preocupação atual é a de se evitar prejuízo à imagem das pessoas. Se alguém, por exemplo, pretender desmistificar a imagem de um apresentador de TV, deverá fazê-lo ciente da responsabilidade que tem quanto aos prejuízos que poderá causar à sua pessoa. No Brasil, uma foto publicada de alguém, via de regra, não gera a mesma reação

judicial que nos Estados Unidos (dano à privacidade), visto que aqui ainda não existe um ordenamento jurídico que possa abranger esta nova situação. A legislação americana é livre e protege o direito de privacidade das pessoas, com recomposição em dinheiro.

No nosso País, algumas pessoas têm sido responsabilizadas pela *Lei de Imprensa*. Assim como a lei de imprensa, tem sido possível através desta polícia administrativa no campo do pensamento o governo também interferir no *pensamento religioso*, se este vir a extravasar os limites do bom senso. Um jovem, testemunha de Jeová, antigamente teria os seus direitos políticos cassados, se não prestasse o serviço militar. Atualmente a CF manteve essa cassação mas ofereceu oportunidades alternativas de escolha, reguladas pela LF 8239/91.

b) *Polícia administrativa de reunião e de associação*

O inc. XVI do art. 5° da CF define que são permitidas reuniões pacíficas, independentemente de autorização prévia, desde que avisada a autoridade competente. O inc. XVII do mesmo artigo relata a permissão para a formação das *associações* para fins lícitos, vedadas aquelas de caráter militar.

As reuniões se diferem das associações porque naquelas, existe um aspecto de temporariedade, nestas o de permanência. Existe uma polícia administrativa que vai interferir nestas atividades de reunir ou de associar-se. O art. 8° da CF trata das associações profissionais ou sindicais, que também, embora de forma um pouco diferente, estão submetidas a essa polícia administrativa de reunião e de associação.

c) *Polícia administrativa sanitária*

Temos duas especializações desta polícia:

1- Polícia sanitária de gêneros alimentícios **-** o gênero alimentício, ao ser anunciado para venda, tem que ter não só a sua qualidade anunciada como também a sua nocividade em relação à pessoa humana.

Tem que ter sido bem confeccionado, se não for, pode ocorrer a sua deterioração. Sejam eles leite, pão, carne, verduras, bebidas etc. Sobre eles, vai existir uma atuação da polícia sanitária de gêneros alimentícios, que pode ser federal - por órgãos da polícia federal, que fiscaliza, por exemplo, a carne, desde os abatedouros até a sua industrialização ou até a comercialização do produto bruto, pelas casas de carne ou supermercados.

O leite também é fiscalizado por essa polícia federal, desde a ordenha até a sua industrialização ou venda do produto bruto para o consumo imediato. Não somente os produtos são fiscalizados, como todo o processo técnico e científico necessário para a sua industrialização, preservação, embalagem, transporte, comercialização, consumo etc..

A fiscalização se faz em todas estas etapas;

2- Polícia sanitária médico-farmacêutica **-** atua sobre as instalações e as atividades farmacêuticas dos laboratórios, hospitais, ambulatórios e consultórios médicos e dentários. Em se tratando de atividades farmacêuticas, esta fiscalização estende-se aos produtos, desde a sua produção, embalagem, preservação, prazo de validade etc., até a sua comercialização;

d) *Polícia administrativa de trânsito e tráfego*

Tínhamos o Código de Nacional de Trânsito – Lei 5108/66. Hoje foi substituído pelo Cródgio de Trânsito brasileiro – Lei 9503/97. Com alteração pela Lei 9602/98.

Anteriormente a União delegaria competência aos Estados para regular assuntos de trânsito.

Grandes cidades não tinham condições de controlar o trânsito (fiscalizar). O Estado, através de um convênio, autorizava o município a controlar seu transporte (secretaria de transportes). SP tem a engenharia de tráfego (CET).

Esse convênio era ilegal. O Estado não poderia delegar, precisaria de lei. Foi declarado inconstitucional.

A nova lei – o Código de Trânsito Brasileiro – superou tudo isso – há um sistema nacional de trânsito (art. 7º).

O art. 8º e seguintes distribuem funções à União, aos Estados e aos Municípios.

O conjunto de normas do Código de Trânsito Brasileiro tem uma tríplice preocupação:

a) quanto ao condutor

Se exige que o condutor seja penalmente imputável (cria figuras delitivas penais)
Tem que saber ler e escrever;
Ter aptidão físico/mental;
Apresentar documento;
Tem que fazer exame escrito;
Ter noções de primeiros socorros;
Tem que fazer um exame de direção veicular.

b) quanto ao veículo

Diz respeito à segurança.
Pneus, freios, sinalizadores, conto de segurança, inspeção veicular, etc.

c) quanto ao percurso do veículo

Mão de direção, sentido, estacionar em determinado lado, barreira eletrônica, radar.

d) quanto ao pedestre

Deve atravessar pela faixa de segurança;
Deve atravessar perpendicularmente, quando não for na faixa. Se não atravessar recebe multa.

Art. 160 – 255 – temos 90 infrações de trânsito tipificadas.

Ex. andar sem cinto de segurança, ultrapassar, conduzir criança na frente, andar com o telefone celular ligado, etc.

O código seleciona 08 sanções administrativas:

- Advertência;
- Multa;
- Suspensão;
- Apreensão do veículo;
-
- Cassação da carteira;
- Cassação da carteira para dirigir;
-

Art. 259. A sanção pode ser gravíssima, grave, média, leve e cada uma tem certo ponto.

20 pontos enseja suspensão do direito de dirigir (só funciona no Estado de São Paulo, outros Estados não têm cadastro.

Art. 280 - Processo Administrativo
É para o exame das infrações. Deve existir o JARI.
Recebe-se a notificação e então há o prazo para interpor recurso.
ANTES – a autoridade tinha 60 dias para enviar notificação de multa.
HOJE – temos 30 dias (9602/98) - a partir da data da infração.

A lei fala num elenco de delitos praticados na condução do veículo. Ex. homicídio culposo no CTB. A pena do CTB é maior que a do CP.

e) *Polícia administrativa da propriedade*

O inc. XXII do art. 5° da CF trata do direito de propriedade. O inc. XXIII deste artigo refere-se a sua destinação social. Não há sentido que um país capitalista, como o nosso, adote a defesa da propriedade particular, de modo absolutista, pois a propriedade, antes de tudo, deve ter uma função social.

O inc. XXIV explica sobre a *desapropriação* da propriedade por utilidade, interesse social etc., devendo haver uma indenização em dinheiro. O decreto-lei 3.365/41 estabelece que o *Poder Público* pode compulsoriamente transferir para seu domínio a propriedade que pretende, devendo indenizar o expropriado com títulos da dívida pública. Nos casos de reforma agrária, com títulos de reforma agrária. É uma maneira que o Estado tem de intervir na propriedade, através da polícia administrativa da propriedade. A *servidão administrativa*, regulada pelo art. 40 do DL 3365/41 tem origem no D. Civil, no campo da propriedade imobiliária, na chamada *servidão de passagem*.

O Direito Administrativo criou a servidão administrativa, utilizada para a passagem de condutos aéreos, de água, petróleo etc. por determinada propriedade, sem que haja secção ou transferência de domínio da mesma. No início, esta servidão administrativa era gratuita; atualmente a jurisprudência tem orientado que o Estado deve pagar ao particular determinada parte, a título de indenização, de acordo com a restrição imposta ao mesmo, que deverá ser avaliada por técnico. Temos também o uso da propriedade (antigamente chamado de *ocupação temporária*). Através do uso da propriedade, o Estado, em casos urgentes, pode desapropriar bens (Ex.: desapropriação de bois para suprir o mercado de carne).

Outro tipo de intervenção na propriedade através da polícia administrativa da propriedade é o *tombamento*, que é um instituto do Direito muito utilizado na Europa. Aqui no Brasil, traz conseqüências diversas para a coletividade, não havendo, na maioria das vezes, interesse por parte do proprietário em preservar o estilo arquitetônico do prédio tombado. A idéia do tombamento é a de preservação de determinados patrimônios históricos, artísticos ou culturais, escolhidos pela *Administração*. Tombar significa impor ao proprietário a manutenção das características do seu imóvel, sem exigir nada em troca. O tombamento também pode ser aplicado a bens móveis.

f) *Polícia administrativa das construções*

Como já vimos, existem regras que foram desenvolvidas dentro do Direito Civil e que são aceitas no DA tal como são hoje. O DA as aceita como são ou as modifica ou então as rejeita completamente. Certos artigos do D. Civil, que tratam do direito de construir em relação as edificações urbanas, foram totalmente rejeitados pelo DA.

Atualmente, esse assunto de construções urbanas é disciplinado pelo Município, que, para ocupar o seu território, elabora o chamado *plano diretor* (antes denominado de zoneamento).

Esse plano diretor consta de um exame que a *Administração* faz sobre a área total do Município, sob todos os ângulos do interesse da coletividade.

Assim, as construções urbanas e os loteamentos, sejam eles residenciais, industriais ou comerciais, estão subordinados às leis municipais, de acordo com esse plano diretor (os loteamentos estão subordinados às leis de parcelamento do solo e as residências, às leis de construções urbanas) .

Por ex., as casas residenciais, ao serem construídas, têm que estar afastadas das divisas dos terrenos, devendo estes apresentarem área dentro dos padrões permitidos (lembrar das construções em "terrenos lingüiças").

Certas áreas do Município são preservadas como ambiente ecológico (Serra do Japi); outras são liberadas para a indústria e outras utilizadas como área residencial.

Todas estas determinações citadas seguem as linhas de desenvolvimento do Município. Todas as construções urbanas estão sujeitas às regras de higiene da construção. Estas regras referem-se à insolação, ventilação e aeração dos imóveis construídos. Um dormitório pode estar localizado no porão de uma casa, desde que tenha aeração e ventilação. Em se tratando da estética das construções, o rebaixamento do teto de um prédio residencial (cubagem), como solução puramente arquitetônica, pode não estar de acordo com as medidas permitidas pelas leis municipais.

Certos municípios (ex.: Curitiba) têm se utilizado largamente destas soluções arquitetônicas com a finalidade de atrair turistas.

g) *Polícia administrativa do comércio*

Faz uma intermediação entre o produtor e o consumidor. E essa intermediação se faz sobre a qualidade, quantidade, peso, medida e preço dos produtos.

a) ***sobre qualidade e quantidade*** **-** a maioria dos produtos, antes de serem comercializados, tem que passar por um controle de qualidade e quantidade, que deveria ser rigoroso, mas que não é (liqüidificador que "não funciona", automóvel que "incendeia", caixa de 100 palitos de dente com 90);

b) ***sobre pesos e medidas*** **-** também não há um controle aceitável (saco de açúcar de 01 kg "que pesa menos", taxímetros que registram o dobro da corrida, metros que "medem menos" etc.

c) ***sobre os preços*** **-** o controle de preços é feito por diversos órgãos (SUNAB, CNP, CIP, DNC etc.) que atuam em vários setores do comércio. Mas, numa economia estável como a de agora, esse controle é feito, somente para alguns produtos. Outros exigem um controle bastante rigoroso, tais como os explosivos e as munições para armas de fogo.

h) *Polícia administrativa de costumes*

Maus costumes como o uso de entorpecentes, alcoolismo, tabagismo, mendicância, vadiagem, prostituição etc.

Encontram-se difundidos entre as pessoas de tal maneira que chegam a contaminar as famílias e a sociedade. surgindo a polícia de costumes que vai tentar recuperar os cidadãos por eles afetados. Alguns maus costumes, por constituírem figuras delituosas do D. Penal, não deverão ser praticados pelo cidadão, caso contrário, estes poderão punidos pelo poder punitivo do Estado. Em contrapartida, no campo do D. Administrativo, o Estado vai tentar recuperar esses infratores.

i) *Polícia administrativa das profissões*

O inc. XIII do art. 5° da CF trata do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Neste campo, existe uma competência da própria União para o estabelecimento da regulamentação desse inciso. O art. 22 da CF cita a competência da União sobre a organização dos empregos e as condições para o exercício profissional. A competência para legislar sobre esse assunto é da União. Em matéria de profissão, existe uma legislação que vai disciplinar a formação técnico-científica e o exercício profissional. A CF criou um artifício, como se fossem autarquias, tais como o CRM, o CRO, o CREA, a OAB etc., que irão fazer a fiscalização das diversas profissões. Essa fiscalização, na verdade, teria que ser feita pela polícia administrativa, mas ela não o faz.

XI- Uso e abuso do poder

Vimos que os elementos do *poder vinculado* são o *agente competente*, a *forma prevista em lei*, a *finalidade pública*, o *motivo* e o *objeto* e que no *poder discricionário*, o agente, a forma e a finalidade estão previstos na lei, menos o motivo e o objeto, que não estão regrados, pois, nestes reside a margem de liberdade do administrador, que diante de um caso concreto, fará uma reflexão de conveniência e oportunidade antes da produção de determinado ato.

Mesmo não estando na lei, há uma condição de legitimidade em relação a produção do ato discricionário, através do bom senso, razoabilidade, proporcionalidade e de justiça.

Quando o administrador, ao praticar *atos vinculados* ou discricionários, fugir do cumprimento da lei ou do cumprimento da legitimidade, abusa do poder.

A teoria do abuso de poder, que teve a sua origem na França, no Brasil foi aperfeiçoada e desdobrada em:

a) ***excesso de poder*** **-** a autoridade que pratica o ato é competente, mas excede a sua competência legal, tornando o ato arbitrário, ilícito e nulo.

Por ex., o Prefeito tem a competência de autorizar certa despesa, mesmo que não exista saldo na verba orçamentária. Porém, se ele autorizar qualquer despesa sem a existência de verba, *excede* a sua competência, pratica uma violação frontal a lei, ou seja, pratica ato com excesso de poder;

b) ***desvio de poder (ou de finalidade)*** **-** ocorre quando a autoridade é competente e pratica o ato por motivo ou com fim diverso do objetivado pela lei ou exigido pelo interesse público, havendo, portanto, uma violação moral da lei.

Por ex., através do DL 3365/41, o Prefeito pode desapropriar determinada área para urbanização ou mesmo para a construção de casas populares. Quando faz isso, ele usa do poder, ou seja, simplesmente cumpre a lei. Entretanto, se usa desse poder para desapropriar uma área sobre a qual em que não existe nenhuma utilidade, à pedido de um amigo, por exemplo, há um desvio de poder, ou seja, a finalidade não foi legal.

Remédios Constitucionais

Para o ***excesso de poder***, temos, de acordo com o inc. LXIX do art. 5° da CF, o ***Mandado de Segurança***, que é um remédio heróico contra atos ilegais praticados por autoridade pública ou assemelhados, envoltos de abuso de poder, o qual é regulado pela LF 1533/51.

Para o ***desvio de finalidade***, temos a ***Ação Popular***, prevista no inc. LIII do art. 5° da CF e regrada pela LF 4717/65, que pode ser impetrada por qualquer cidadão, contra atos lesivos praticados contra o patrimônio público ou entidade em que o Estado participe, relacionados à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A *Ação Popular* faz com que o ato lesivo praticado seja anulado, ficando os infratores e seus beneficiários obrigados a devolverem o dinheiro aos cofres públicos.

ATO ADMINISTRATIVO

1- Considerações gerais

De acordo com a moderna interpretação da teoria de Montesquieu, os Poderes do Estado não são estanques, isto é, cada um deles pratica funções ou atividades estatais que são a legislativa, a judiciária e a executiva.

O Poder Legislativo, por exemplo, prevalentemente pratica atos legislativos, mas também pratica atos do Executivo ou do Judiciário.

Há um tipo de ato pouco lembrado, praticado por todos os Poderes: o ato político.

No campo administrativo, é conhecido por ato discricionário, que é aquele que deve ser praticado com certa margem de liberdade, diante de cada caso concreto e segundo critérios subjetivos próprios, a fim de realizar os objetivos do ordenamento legal.

Segundo o art. 49 da CF, é de competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar o Presidente da República a declarar guerra. Ao praticar esse ato, há uma decisão que visa o interesse da maioria, mas o seu julgamento é pessoal, é político. No campo do Judiciário, a LICC traz uma mensagem: na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Há um interesse público, mas cabe ao juiz decidir- é uma decisão política. Da mesma forma, o Presidente, de acordo com o art. 66 da CF, decide politicamente, quando veta lei inconstitucional.

O *ato administrativo* é uma espécie de ato jurídico.

De acordo com o art. 81 do CC, todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, é ato jurídico. O ato jurídico tem, portanto, um reflexo na ordem jurídica.

O ato jurídico é gênero, do qual *ato administrativo* é espécie. O *ato administrativo* é ato jurídico praticado pela *Administração Pública* e precisa ter finalidade pública (o bem comum).

Hely Lopes Meirelles, aproveitando o art. 81 do CC, dá um conceito ao *ato administrativo*: **"*ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si próprio*"**.

Diz que essa é uma definição ou conceito em sentido estrito do *ato administrativo,* porque ele está definindo o que chama de *ato administrativo típico*.

Hely disse que se a palavra *unilateral* for retirada, o conceito se amplia para os contratos administrativos. Para a prática de um *ato administrativo* típico, a *Administração* não requer a manifestação de outra pessoa. Seja em sentido estrito ou amplo: agindo nesta qualidade, a *Administração Pública* está agindo com supremacia sobre os particulares. Se ela sai desta qualidade, aí pratica atos comuns.

Assim, se o *Poder Público* precisa de um determinado imóvel para a abertura de um museu, ele pode negociar com o proprietário e fazer um contrato de locação do mesmo, ou, simplesmente, desapropriá-lo. No primeiro caso, a *Administração* pratica ato comum, não está agindo como *Administração Pública*; já no segundo, pratica efetivamente um *ato administrativo*, porque está usando a sua supremacia sobre os particulares.

Celso Antônio Bandeira de Mello também dá um conceito de *ato administrativo*: "*o ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes campo para exercer uma concessionária de serviço público no exercício de prerrogativas públicas manifestada mediante comandos complementares da lei a título de lhes dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*". Diz que esse conceito é em sentido amplo e que pode se tornar em sentido estrito, se depois da palavra "declaração" colocarmos a palavra *unilateral* e depois de "comandos", a palavra *concretos*. O *ato administrativo* vai concretizar aquilo que está abstrato, ligando-se a determinada pessoa. O Estado tem que ter a supremacia sobre os particulares, do contrário, o ato será comum. O Estado tem que estar com essa prerrogativa de *Poder Público*. Os atos administrativos são passíveis de verificação pelo *Poder Judiciário*, com exceção dos *atos discricionários*.

2- Ato e fato administrativo

Todo *ato administrativo* acarreta um reflexo no mundo jurídico.

Entretanto, o f*ato administrativo* é uma atuação excepcional da *Administração*, desprovido de qualquer interesse para o mundo jurídico. Ele decorre sempre de uma produção anterior de um *ato administrativo*.

Em regra, não produz efeitos no mundo jurídico, mas podem ser encontradas algumas exceções.

Exs.: a) um paciente, ao ser operado em um hospital público, vem a falecer, por diversas conseqüências decorrentes de falha da estrutura hospitalar. E a família aciona o Estado. Trata-se de um f*ato administrativo* com repercussão no mundo jurídico; b) um aluno de um estabelecimento de ensino público é ferido quando praticava experiência num laboratório de química, e aciona o Estado. É f*ato administrativo* com repercussão jurídica.

3- *Elementos do ato administrativo*

Ato administrativo é ato jurídico sempre com a finalidade pública.

Como já vimos, o ato jurídico tem como elementos o agente capaz, a forma e o objeto lícito. Só pratica *ato administrativo* quem for *agente público* (exerce uma função pública), e para ser agente público tem que ser *competente* (tem que ser capaz). E esse ato por ele praticado tem que ter *finalidade* (a finalidade é o bem comum), *forma* (é a expressão material do ato) e *objeto* (é o conteúdo do ato). Neste último, está contida a modificação ou mesmo a extinção de um direito.

No Direito brasileiro, podemos conformizar o que está escrito na doutrina com o Direito positivo brasileiro. O art. 5º, inc. LXXIII da CF/88, que trata da Ação Popular, disciplinado pela LF 4717/65, constitui um remédio jurídico constitucional para proteção do patrimônio público. Essa lei, no seu artigo 2º traz certas normas processuais como legislação complementar do CPC. Diz ela que são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior (União, Estados Membros, Municípios, autarquias e sociedades paraestatais) nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência de motivo; e) desvio da finalidade.

São elementos do *ato administrativo:*

a) Agente competente

No *ato administrativo*, o agente competente é um elemento relacionado ao sujeito ativo do ato.

A primeira coisa que deve ser verificada no exame de um *ato administrativo* é se o mesmo foi elaborado por agente competente.

Essa competência é distribuída pela *Administração* aos seus agentes públicos, por quantidade e qualidade.

Por ex., nos Municípios, os prefeitos têm competência maior que a dos seus secretários (competência quantitativa); um arquiteto ou um advogado, ambos funcionários públicos, têm competência qualitativa.

Seja por quantidade ou por qualidade, o agente da *Administração* está atuando com seu poder funcional (que depende da função que ele está exercendo). Pode haver um deslocamento de competência, em se tratando da *avocação* (quando um superior hierárquico chama para si uma competência) e da *delegação* (quando um superior hierárquico entrega a competência dele para alguém realizar o ato).

Tanto a competência quanto o seu deslocamento, têm que estar previstos na lei, seja em *ato vinculado* quanto discricionário;

b) Forma

É o revestimento material do ato. No Direito privado, o ato jurídico tem a forma prevista ou não proibida na lei, ou seja, existe uma certa liberdade quanto a sua forma.

Por ex., no casamento, os noivos têm que expressar formalmente o seu desejo.

Outros atos não exigem essa forma legal.

No Direito público não existe essa possibilidade, a forma está sempre prevista na lei. Por ex., com base na Lei 3365/41, o chefe do Poder Executivo pode desapropriar determinado imóvel que teve declarada a sua utilidade pública. A forma legal utilizada para esta desapropriação é feita através de um decreto- sem ele, o ato será inválido.

A forma sendo legal, admite-se a ocorrência de pequenos erros, que ao serem constatados, podem ser devidamente corrigidos. Mesmo em havendo erros, o ato é válido, começando, portanto, a gerar efeitos jurídicos.

Se o erro é de medida e pequeno, pode ser corrigido, publicando-se o *decreto retificador*. Na *Administração,* os atos são por regra, escritos. Entretanto, há exceções, previstas na lei.

Por ex., o guarda de trânsito pode determinar a parada de um veículo através de um gesto; um delegado de polícia pode autorizar que o policial entre no domicílio através de ordem verbal. A mesma forma deve ser exigida quando se produz um ato e se pretende eliminá-lo ou modificá-lo. Por ex., uma portaria só pode ser modificada por outra portaria; uma lei, só por outra lei;

c) Finalidade

Há quem entende que a impessoalidade da Constituição é finalidade.

A *finalidade* é um princípio básico da *Administração Pública*. Os atos têm que obedecer uma finalidade pública, que é o bem da coletividade, o bem comum.

Se não houver finalidade pública, o ato da *Administração* estará inviabilizado.

No campo do ato privado jurídico, não se questiona esta finalidade. Na maior parte das vezes, essa finalidade está escrita na lei. Se não estiver, idealmente tem que atingir a finalidade pública. O

Administrador tem que cumprir esta finalidade. Se ele tiver várias competências, pode punir, transferir etc., mas não poderá substituir a finalidade legal.

A finalidade é um elemento sempre previsto na lei, seja para *ato vinculado* ou discricionário.

d) Motivo

Pode ser legal (de direito) ou de fato. *Motivo legal* é quando temos um *ato vinculado* (todos os elementos estão previstos na lei); *motivo de fato* é quando temos uma situação de fato, que sempre atende a proporcionalidade, a conveniência e a oportunidade.

Teoria dos motivos determinantes **-** é o motivo que enseja a prática do ato.

No *motivo legal,* há uma situação de direito, prevista em lei, sobre a qual o administrador vai fazer a motivação do que está acontecendo. Nele, o que existe é um tipo de *ato vinculado* que enseja uma previdência legal (motivação).

No *motivo de fato*, há um desdobramento. Nele, o legislador deixou para o administrador, uma liberdade para praticar o ato, sem precisar motivar. Havia uma categoria dos servidores admitidos a título precário, prevista na CF (art. 37, inc. IX), que pela nova ordem constitucional, deixou de existir. Atualmente, os servidores públicos devem ser estatutários (regime jurídico único). Entretanto, a CF admite outro tipo de servidor a título precário, de permanência também transitória, regulamentada pela LE 500/74, cuja admissão não lhe dá nenhum direito frente à *Administração*. Hoje a *Administração* permite contratar por esse regime. Data a temporariedade, as pessoas não adquirem direitos, podendo o admitido em caráter temporário, ser demitido "ad nutum", ou seja, a *Administração*, sem nenhuma justificativa, demite o funcionário. Isto significa que o administrador pode se utilizar do *motivo de fato*, ou seja, através de discricionariedade e dentro da lei, não precisará fazer motivação, não precisará fazer justificativa para demitir. Só se for por motivo legal, é que terá que apresentar motivo. Por outro lado, se o administrador motivar a demissão de um servidor que poderia ser demitido sem motivação, ficará preso a ela, ou seja, ficará preso ao ato. E, se esta motivação não for verdadeira, o ato será nulo.

Na *motivação legal* (*ato vinculado*), o legislador demonstra que naquele momento, o ato está previsto na lei. Na *motivação fática,* não está previsto, não precisa motivar, apenas o pratica, pois está no exercício do *poder discricionário*.

e) Objeto

Envolve a criação, a modificação ou a comprovação de uma situação jurídica referente a pessoas, coisas e atividades sujeitas a ação do *Poder Público*.

O objeto do ato é o conteúdo do ato. Utiliza-se da decomposição para se fazer o exame da validade do *ato administrativo*.

Ato vinculado **-** o ato de demissão de um servidor, é um exemplo de *ato vinculado*. Nele, o *agente competente* para demitir é o Presidente da República; a *forma* é um decreto; a *finalidade,* é o aperfeiçoamento do Serviço Público; o *motivo* são as 30 faltas dadas pelo servidor; o *objeto* é a ruptura do vínculo jurídico entre a *Administração* e o servidor.

Ato discricionário **-** se uma fábrica lança ao ar partículas poluentes, a *Administração,* diante desta situação fática, pode, através de uma portaria, determinar o fechamento da fábrica. Nesta hipótese, o *agente competente* é o Prefeito; a *forma* é a portaria; a *finalidade* é a salubridade pública; o *motivo* é o lançamento de resíduos sólidos no ar; o *objeto* é o fechamento da fábrica (mudança da situação jurídica da fábrica).

Mérito do ato administrativo

No campo processual, trata-se de uma questão fulcral de um processo.

O *mérito* não é elemento do *ato administrativo* mas está intimamente ligado com os elementos motivo e objeto. Se a eles está ligado, tem a ver com a validade do *ato administrativo*. Esta ligação encontra-se principalmente no campo do ato discricionário.

É uma situação que não está prevista na lei, por isso ele, o administrador, vai fazer um exame de conveniência e oportunidade. Assim, no exemplo anterior, se fechar a fábrica, poderá prejudicar o Município.

Trata-se de uma perquirição de conveniência e oportunidade. O mérito tem ligação com estas duas atividades. O mérito do *ato administrativo* significa o motivo e o objeto do *ato administrativo*.

O juiz não pode substituir o critério do *ato administrativo*, que é essa perquirição de conveniência e oportunidade.

Ele pode fiscalizar tão somente a legalidade, o bom senso, a razoabilidade e a proporcionalidade. É por isso que muitos dizem: "Ao judiciário não cabe apreciar o mérito do *ato administrativo*" (o motivo e o objeto do *ato administrativo*).

Ementas* sobre o mérito do *ato administrativo - "*Não cabe ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos*"; "*Ao Judiciário não cabe apreciar o mérito do ato administrativo, mas apenas a sua legalidade*".

4- *Seqüência de atos administrativos*:

a) *Procedimento administrativo*

Juridicamente, trata-se da maneira do desenvolvimento de um processo, ou seja, o rito processual.

No *processo administrativo*, é uma sucessão ordenada de operações que propicia a formação de um ato final objetivado pela *Administração* (concurso público e licitação). A *Administração* tem que praticar esse procedimento.

Por exemplo, para nomear pessoas, tem que fazer procedimento administrativo que se chama concurso público. Na licitação, temos a carta convite, a tomada de preços, a concorrência etc..

No procedimento, a técnica é fazer a fiscalização de atos e quando ela aconteça, deve ser atacada. Nele, as fases são estanques, se não cumprem o formalismo, o ato será nulo no final.

b) *Ato complexo*

É aquele em que ocorre a intervenção de dois ou mais órgãos administrativos para obtenção do ato final.

Há uma sucessão de atos, que são praticados por órgãos administrativos diferentes. Não é um procedimento, mas sim um ato complexo.

c) *Ato composto*

É aquele formado por um ato principal e um ato complementar que o ratifica ou aprova. Se na repartição administrativa, se faz um pedido de certidão, relativo a um imóvel de um servidor, essa certidão contem uma pessoa que certifica e outra que a ratifica.

5- *Atributos do ato administrativo em geral*:

A- Presunção de legitimidade

a *Administração Pública* deve praticar atos segundo a lei, a moralidade administrativa, com impessoalidade (esta impessoalidade é em relação ao administrador ou em relação a ele mesmo).

Diante deles, todos acreditam que seus atos são legítimos. Como a *Administração* só cumpre a lei, genericamente se acredita que seus atos são legítimos. Não é uma certeza, é até prova em contrário. É um atributo do *ato administrativo*.

Conseqüências ao se acreditar que o ato é legítimo:

a) a produção de atos com grande celeridade;
b) a *Administração* os executa, os concretiza, até mesmo os que não são legítimos, devido a grande rapidez que ela os faz;

c) ocorrência de uma inversão do ônus da prova (é a pessoa que tem que provar que o ato não é legítimo).

B- Imperatividade (coercibilidade)

O *ato administrativo* tem força para fazer com que as pessoas atendam o comando que está implícito no *ato administrativo*. A lei tem essa coercibilidade.

O *ato administrativo* é a concretização da lei. Ele também tem imperatividade, as pessoas são obrigadas a cumpri-lo.

Quando o agente administrativo, no exercício da fiscalização de uma publicidade, diz que tem que ser retirada uma faixa que está infringindo as regras de publicidade (poluição visual), o comerciante acredita, por presumir ser o ato legítimo e por ele ser coercitivo;

C- Auto executoriedade

Significa a possibilidade que a *Administração* tem de auto executar os seus atos.

Significa não precisar do consentimento ou de ordem de outro Poder. Significa decidir algo e executar (lembrar das jacas caindo no telhado do vizinho).

Embora a *Administração Pública* possa se utilizar quando quiser, da a auto executoriedade, freqüentemente solicita suporte ao Judiciário, principalmente para impedir invasões de áreas públicas por grande número de pessoas.

6- *Classificação dos atos administrativos* (segundo o Prof. Nelson Schiesari)

a) *quanto ao objeto* - pode ser:
criador,
modificador,
conservador e
extintivo de direito;

b) *quanto ao grau de liberdade do administrador* - pode ser:
vinculado,
discricionário e
arbitrário;

c) *quanto a fonte de vontade expressa nos atos* - pode ser:
simples (manifestação de um órgão público) e
complexo (manifestação de dois ou mais órgãos públicos);

d) *quanto a Pessoa Jurídica de D. Público* - pode ser:
ato federal,
estadual e
municipal;

e) *quanto as relações que interligam os atos entre si* - pode ser:
preparatório (a portaria é ato preparatório utilizada para demitir um funcionário público),
principal,
complementar (ratifica o ato composto) e
de execução (exclusão de um participante fraudulento em licitação);

f) *quanto a qualidade que o estado se apresenta* - pode ser:
ato simples ou
ato de império

Será ato de império quando houver supremacia sobre os particulares. Ex. recolhimento de tributos pelo *Poder Público*;

g) quanto as hipóteses que abrange - o ato pode ser:

particular ou

geral.

O primeiro é aquele que tem *RG* e *CPF*, ou seja, é um ato que envolve uma relação do particular com a *Administração*.

O segundo (ato geral) é quando não se sabe quem vai ser abrangido por ele. Ex.: o Presidente pode conceder indulto e comutar penas.

O indulto é concedido através de um decreto que não identifica o condenado, é ato geral; a comutaço de pena é ato particular, específica para aquele que preenche determinadas condições;

h) *quanto a forma que se apresentam* - a forma é a corporificação de uma vontade, para efeito de exteriorização do ato, ou seja, é o revestimento material do ato. A emenda constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, a resolução legislativa, o decreto legislativo, o decreto regulamentar, a instrução, a deliberação, a portaria, o aviso, o despacho, a circular etc., são formas através das quais, existe uma manifestação de vontade corporificada. As vezes, certos atos administrativos são produzidos com defeitos.

Vícios dos atos administrativos (em escala decrescente de grandeza)

1- *Ato administrativo inexistente* - é aquele que contém vicio essencial e por isso não chega ter existência jurídica.

O ato tem aparência de *ato administrativo*, mas jamais chega a existir. Esse tipo de ato não pode absolutamente ser saneado, corrigido.

Ele não produz efeito jurídico, mas pode haver possibilidade de acarretar conseqüência penal.

Ocorre quando determinada pessoa, que não pertence a *Administração*, produz esse tipo de ato (usurpação - art. 328 do CP).

Ex.: venda de carteira de habilitação de motorista.

Na *Administração Pública*, o agente tem que ser capaz, segundo a lei. Uma pessoa, sem plena capacidade mental (Ex.: um indivíduo obnubilado), poderá produzir atos inexistentes. Isto constitui, de certa forma, uma defesa para a *Administração Pública*;

2- *Ato administrativo nulo* - este tem um “sopro de vida” muito curto, que vai desaparecer em razão de grave vício de legitimidade que contém, relacionado com os requisitos de validade ou, com seus elementos integrantes (do ato).

O ato nulo entra no mundo jurídico, mas não produz o efeito de direito correspondente.

Aqui também, ele pode acarretar responsabilidade das pessoas. O ato nulo também é incorrigível. Como a deficiência é de algum de seus elementos, aqui o ato é de um agente capaz, mas que não é competente para produzi-lo.

Exs.: se alguém praticar um ato que é da competência de outro, produz ato nulo; se o ato foi praticado por uma lei, quando deveria ter sido por decreto, também é nulo;

3- *Ato administrativo anulável* - neste, a vontade do agente é maculada por erro, dolo, coação ou simulação.

O ato não é perfeito, dadas estas imperfeições, porém sua invalidade é relativa, caracterizando a anulabilidade, que é a possibilidade de anulação pela provocação de qualquer interessado. Trata-se de um vício relativo.

O ato tem existência jurídica, até a decretação da nulidade, ou seja, o ato anulável produz efeitos até a sua anulação. O ato anulável pode ser corrido ou saneado.

Ex. um alvará de licença, concedido no lugar de um alvará de autorização, decorrente de uma má informação da *Administração*;

4- *Ato administrativo irregular* - é o ato de menor vício desta escala.

Nele falta algum requisito não essencial, quase sempre relativo a formalidade de ordem procedimental. Produz efeito jurídico e é corrigível por ato retificador, em tempo hábil.

Ex.: decreto de desapropriação no qual houve um pequeno engano de identificação do objeto a ser desapropriado (mudança do n° do prédio a ser desapropriado).

Desfazimento dos *atos administrativos*

Esse desfazimento está ligado a um duplo aspecto: a *Administração* produz um ato que satisfaz o interesse da coletividade, e que mais tarde, por não mais satisfazer esse interesse, ela vai alterá-lo.

Ela também pode alterar os atos por considerá-los ilegais. Se o desfazimento é em relação ao mérito do ato, ele deve ser feito pela *Administração*, através da *revogação*; se o desfazimento é por ilegitimidade, ele deve ser feito pelo Judiciário, através de *anulação*. Esse sistema é considerado como um controle interno da *Administração* e um controle externo do Judiciário.

1- *Revogação* - consiste na eliminação de um *ato administrativo* legítimo e eficaz realizada pela *Administração* e só por ela, por não mais convir nem ser oportuna a sua existência.

No momento que não for conveniente e oportuno, a *Administração* manda retirá-lo (ex.: retirada de uma banca de frutas que a *Administração* autorizou que fosse instalada na praça).

***Fundamento da revogação* -** é o próprio *poder discricionário* da *Administração*. Constitui-se num meio da *Administração* avaliar oportunidade, conveniência e razoabilidade dos seus próprios atos, para mantê-los ou desfazê-los, no sentido de atender ao interesse público.

***Limitação da revogação* -** em regra, todo *ato administrativo* é revogável, só encontrando obstáculo na estabilidade das relações jurídicas e no respeito ao direito adquirido por particulares.

***Efeitos da revogação* -** consideram-se válidos os efeitos do ato revogado até a revogação, ou seja, a revogação opera-se daquela data em diante. Trata-se de um efeito "*ex-nunc*".

***Indenização* -** a revogação do ato inconveniente ou inoportuno precário que não tenha gerado direito subjetivo para o particular ou para o destinatário, independe de indenização. Por outro lado, a revogação daquele tipo de ato com caráter de definitividade, exige indenização.

2- *Anulação* - consiste na eliminação de um *ato administrativo* ilegítimo pela *Administração* ou pelo *Poder Judiciário*.

***Fundamento da anulação* -** a anulação encontra fundamento na legitimidade e na legalidade. A extensão para a anulação não é só a ilegalidade, mas também a ilegitimidade.

***Efeitos da anulação* -** a anulação dos atos administrativos retroage às suas origens, invalida as conseqüências passadas, presentes e futuras, e, não admite convalidação. A anulação opera-se desde o nascimento do ato, desfaz todos os vínculos entre as partes e as coloca no mesmo estado anterior (efeito "*ex-tunc*").

Excepcionalmente, na anulação se salvam os terceiros de boa-fé alcançados pelos efeitos incidentes do ato anulado, que estão amparados pela presunção de legitimidade. Os prejudicados devem ir ao Judiciário, utilizando-se das vias constitucionais, tais como o MS e a AP ou de outros remédios que poderão

ser encontrados na legislação infraconstitucional, tais como a Ação Ordinária Declaratória, a Ação Ordinária com efeito de Ação Anulatória de *ato administrativo*, ou ainda a Ação de Repetição de Indébito (esta última é utilizada para que a *Administração* devolva dinheiro pago indevidamente).

Prescrição do Ato Administrativo

1- *Prescrição judicial* - é o perecimento da ação judicial em virtude do decurso do prazo legal para sua interposição ou, em razão do abandono da causa durante a tramitação do processo.

A prescrição não se confunde com decadência (caducidade), que é a morte do direito pelo seu não exercício no prazo estabelecido em lei.

A prescrição mata o direito de ação; a decadência mata o próprio direito, não admitindo as hipóteses de suspensão ou interrupção.

A prescrição das ações que alcancem a Fazenda Pública rege-se tanto pelos princípios do C. Civil quanto pelos do C. Comercial, especialmente nos contratos, mas também obedece regras especiais de algumas leis excepcionais.

Assim temos que:

a) as ações pessoais (aquelas que envolvem direito personalíssimo) contra o *Poder Público* têm prazo prescricional de 5 anos, cuja previsão especial está contida em dois decretos-lei: o DL 2.091/32 e o DL 4.597/42;

b) as ações reais contra a Fazenda Pública (ações reais são aquelas que envolvem imóveis ou direitos pertinentes à imóveis) têm prescrição de 10 ou 15 anos, segundo as regras do C. Civil e da jurisprudência;

c) as ações pessoais (personalíssimas) prescrevem em 5 anos. Torna-se importante ressaltar que há um tratamento especial para direitos que se concretizam em prestações periódicas.

Isto envolve os servidores públicos, que têm uma série de direitos que se concretizam mensalmente. Essas prestações periódicas têm pela jurisprudência, um tratamento especial que foge à esta regra geral.

Assim, se um servidor com 15 anos de trabalho público ingressar na magistratura e, somente 6 anos após esse ingresso ele se lembrar de solicitar os 3 adicionais de 5% a que tem direito, pela regra das ações personalíssimas, a prescrição teria ocorrido (5 anos).

Entretanto, por ter tratamento especial, ele só perderá o que for retroativo aos 5 anos anteriores à data do seu ingresso.

A *Administração Pública* também está sujeita à prescrição quando, por ex., precisa receber os seus créditos. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) disciplina, respectivamente, através do seus arts. 173 e 174, o prazo de 5 anos para a decadência e de 5 anos para a prescrição. Assim, se o contribuinte não fizer o pagamento do ICMS, a partir do momento do seu fato gerador começará a fluir um prazo para o *Poder Público* cobrar esse tributo (a Fazenda Pública tem um *prazo prescricional* de 5 anos para apurar o quanto lhe é devido). Supondo que essa cobrança tenha sido feita dentro do prazo e o contribuinte não pagou, a partir da expedição de uma certidão da dívida ativa, o *Poder Público* terá um *prazo decadencial* de 5 anos para ingressar com uma ação judicial para cobrança do crédito. Antes do Código Tributário Nacional, havia uma legislação sobre a Previdência, de 1960. Esta, sem cogitar as legislações anteriores, consignava uma prescrição de 30 anos para os créditos previdenciários.

Mas, com o aparecimento do C. Tributário, apareceu uma discussão: seriam esses créditos de natureza tributária ou previdenciária? O que prevaleceu foi que os créditos previdenciários estão disciplinados pelo C. Tributário, não valendo a regra anterior. Recentemente, entretanto, a Lei Federal 6.830/80 voltou a falar em prescrição de 30 anos para esses créditos previdenciários. Como a jurisprudência está vacilante, os resultados sobre cada caso concreto estão na dependência dos tribunais;

2- ***<u>Prescrição</u>*** ***<u>Administrativa</u>*** **-** significa *término do prazo para recorrer de decisão administrativa, apreciar direitos e obrigações dos particulares frente ao Poder Público e aplicar penalidades administrativas*.

Existe uma enormidade de leis municipais oriundas de cerca de 5500 Municípios brasileiros, onde não há uma regra geral, havendo somente uma legislação que disciplina vários assuntos em cada um deles, ou seja, os prazos são estabelecidos pelo próprio Município.

Torna-se importante ressaltar que a prescrição administrativa não interfere na prescrição judicial. Se houve a prescrição administrativa, a *Administração* não pode mais aplicar a sanção. Como não há um Código, é uma situação trabalhosa para o advogado, pois cada Município tem as suas regras administrativas próprias.

Os prazos de prescrição administrativa são sempre menores que os da prescrição judicial.

Na maioria das vezes ocorre a prescrição administrativa sem ocorrer a prescrição judicial. Assim, os prazos administrativos não obstaculizam as ações judiciais, desde que nestas não tenha ocorrido a prescrição.

Em resumo, a prescrição administrativa nada mais é do que o término dos prazos para se:

1- recorrer de decisão administrativa;

2- apreciar direitos e obrigações dos particulares frente ao *Poder Público*;

3- aplicar penalidades administrativas.

Tudo isso pode ser resumido nas seguintes hipóteses:

a) o perecimento do direito de pleitear do servidor e do particular;

b) o perecimento do direito de punir da Administração Pública.

Assim, quando o servidor faz o pedido de algum direito para a *Administração* e, tenha havido prescrição deste direito, ela benevolentemente poderá atendê-lo. Isto pode ser visto, por ex., no caso do inspetor de alunos que esqueceu de requerer férias dentro do prazo ou do funcionário público que perdeu o prazo requerer o pagamento do salário família.

Processo Administrativo

Processo nada mais é do que o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo.

Procedimento, por sua vez, é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo é um só, podendo ter inúmeros procedimentos, que podem ser rápidos ou demorados (rito sumário ou ordinário).

O tipo de procedimento não depende da escolha das partes, mas da natureza da relação jurídica material, bem como de circunstâncias legais.

Os *processos* podem ser de conhecimento, cautelares e de execução.

Torna-se importante ressaltar que os procedimentos administrativos referentes à prática dos atos administrativos não devem ser confundidos com os procedimentos administrativos do rito processual.

A materialização do processo na *Administração Pública* pode não ocorrer, tramitando muitas vezes separadamente, na forma de papel, de expedientes e de protocolados. Teoricamente são considerados como *processos administrativos*.

Dentro do Direito Administrativo os procedimentos são erroneamente chamados de *processos*. No campo administrativo municipal, podemos encontrar, por ex., o processo de aprovação de planta construtiva (construções de casas) ou o processo de aprovação de loteamentos; no campo administrativo federal, o processo para retirada de minerais do solo (ouro, prata etc.) ou também o processo para patentear inventos no INPI (ignição eletrônica) e o processo para garantia das marcas (gravata Pierre Cardin).

Há um grande número de regras do *processo judicial* que não são aplicáveis no *processo administrativo*, como também um grande número de regras do *processo administrativo* que não se aplicam no *processo judicial*. Os atos da *Administração* são, por excelência, escritos, e onde eles se escrevem são nos *processos administrativos*.

Teoria Geral do Processo Adminstrativo

No *processo administrativo* há um conjunto de regras que integram a chamada "*teoria geral do processo administrativo*", que se aplicam a todos os *processos administrativos*, sejam eles municipais, estaduais ou federais.

Todos os *processos administrativos* são obedientes à esta teoria geral, que é composta de *princípios, fases* e *modalidades*.

Princípios do Processo Administrativo

1) *Princípio da legalidade objetiva* - por este princípio se pode afirmar que todo *processo administrativo* é instaurado, tem uma tramitação na *Administração* e chega ao seu final, tudo com fundamento na lei.

A lei é que disciplina o nascimento, a vida e a morte do *processo administrativo*. Ele está previsto na lei e chega ao seu final cumprindo a lei, ou seja, a sua conclusão também vai resultar no cumprimento legal. E ele existe em si para a realização da própria lei, no sentido de realização do direito, ocorrendo, portanto, no império da legalidade e da justiça.

A licença-prêmio é um direito do servidor que cumpre com seu dever, que apresente um bom comportamento. Ao requerer esta licença, tem que apresentar todos os requisitos legais para obtê-la. A partir daí, ele tem que seguir um longo caminho (tramitação do processo) até a realização desse direito. E ao realizá-lo, teve que cumprir a lei, em consonância com o princípio da legalidade objetiva;

2) *Princípio da oficialidade* - segundo este princípio, a movimentação do *processo administrativo* desde a sua instauração (início), seja por iniciativa do particular ou da *Administração*, até a decisão final, compete à *Administração Pública*.

É ela que é responsável pela tramitação oficial administrativa. O processo vai andar, é obrigação dela fazê-lo andar.

Como conseqüências desse princípio temos que:

a) responsabilização dos agentes públicos pela omissão do andamento dos *processos* - como de responsabilidade da *Administração* fazê-los andar, se o servidor deixar acumular, ele é responsabilizado pelo crime de prevaricação, previsto no C. Penal;

b) a instância não é vencida, não ocorre perempção processual e nem o processo é extinto por decurso de prazo. A *Administração* tem que colocar uma decisão final no processo. Este é um campo de distinção em relação ao *processo judicial*.

O destaque é no sentido de mostrar que em várias oportunidades a lei promete ao particular o andamento do processo. De acordo com o CPC, o processo pode ser extinto por negligência das partes.

Trata-se de uma posição diversa do *processo administrativo*, pois, enquanto que neste a responsabilidade única, regra geral, é da *Administração*, no *processo judicial* as partes precisam se preocupar com o processo. Entretanto, em relação a isso, nada é absoluto.

O princípio genérico é a oficialidade, mas existem exceções;

3) *Princípio do informalismo* - no *processo administrativo* são raros os ritos sacramentais e as formas rígidas, especialmente quando os atos forem incumbidos para os particulares. Se é o particular, procura-se simplificar, para facilitar a sua vida.

Haverá poucas formalidades, unicamente as necessárias para atingimento da certeza jurídica e da segurança procedimental. Eventuais defeitos de forma não devem prejudicar os atos de defesa ou recurso dos administrados (dos particulares e servidores).

Em resumo, o *processo administrativo* é sempre muito simples, com poucas exigências formais. Até mesmo a participação no processo dispensa profissional habilitado, especialmente o advogado.

No *processo administrativo* tributário, técnicos de contabilidade é que fazem os requerimentos, defesas e recursos do contribuinte. Na área de imposto de renda, estes profissionais também podem defender seu cliente junto à Receita Federal. Da mesma forma, os engenheiros, os topógrafos, os agrimensores etc. podem fazer requerimento de recurso para aprovação de um processo de planta construtiva.

Como regra, o *processo administrativo* é informal. Estas são situações marcantes que diferem o *processo administrativo* do *processo judicial*, que é essencialmente formalístico.

Essa formalidade do *processo judicial* muitas vezes é axagerada, como por exemplo, se a defesa deixa de arrolar suas testemunhas no momento da defesa prévia, dentro do Processo Penal;

4) *Princípio da verdade material* - o agente da *Administração* que conduz ou que julga o *processo administrativo* pode, a qualquer momento, trazer qualquer prova para o processo, a fim de dirimir questão controvertida. Esse princípio também é conhecido como *princípio da liberdade da prova*. Aqui também se tem a diferenciação em relação ao *processo judicial*. Enquanto que no *processo judicial* são as partes que devem instruir o processo, aqui no *processo administrativo* o particular pode entrar com um processo e um funcionário da *Administração* que tem conhecimento de provas de outros *processos* anteriores, pode trazer estas provas para o processo atual, que servirão para fundamentá-lo. A *Administração* quer encontrar a verdade material. Aqui não há inimigos, ela não está preocupada que vai ser afrontada pelo seu requerente, está preocupada, isto sim, em achar a verdade material. É nisso que há uma ligação da *Administração* com o informalismo. Se o processo não estiver instruído corretamente, não importa em que instância estiver, poderá ser buscada a informação que for necessária para instruí-lo. E os elementos que forem buscados, podem ser encartados no *processo administrativo*, em qualquer momento. Isto, entretanto, acarreta uma conseqüência: no *processo judicial* não pode ocorrer a "*reformatio in pejus*" (se uma parte no processo tem julgamento desfavorável na 1ª instância e só ela recorre, é para diminuir a pena e não para aumentá-la, pois, neste caso, a decisão de 2ª instância não pode reformar a decisão de 1ª instância, em prejuízo de que recorre). No *processo administrativo*, como podem ser trazidas para o processo todos os elementos de prova que possam produzir a verdade material, subsiste este princípio do "*reformatio in pejus*". Assim, em decorrência desse princípio, se o indivíduo que está sendo processado pela *Administração* for reincidente, pagará uma multa bem maior, devido ao princípio da verdade material;

5) *Princípio da garantia de defesa* - nos *processos administrativos*, nem sempre foi observada a exigência de defesa rigorosa, motivo pelo qual serem eles muitas vezes anulados pelo Judiciário. Com o surgimento da chamada *teoria de jurisdicionarização do processo administrativo*, houve uma preocupação em se garantir a necessidade de defesa para aqueles que infringiam as suas regras. Atualmente, não há mais dúvida dessa necessidade de defesa, pois, de acordo com o art. 5° da CF, "*ninguém será privado da liberdade e de seus bens do devido processo legal*". Assim, se num *processo administrativo,* esta ampla defesa não estiver sido garantida, significa que a *Administração* está praticando uma inconstitucionalidade, e o processo não tem valor. Atualmente não se cumpre a teoria e sim a CF.

A garantia de defesa envolve uma situação um pouco mais ampla para ser garantia de defesa. Por ex., após a instauração de um processo disciplinar contra um servidor que comete uma inflação, vai ser aplicada uma sanção. A sua garantia de defesa será feita através da instauração do processo disciplinar. Neste, se edita uma *portaria* que vai detalhar os fatos e o direito atinente àquela situação. O infrator terá que ter o conhecimento dessa portaria para delimitar a sua ação perante a defesa que pretende fazer. Um conjunto probatório vai se formar, ou seja, as testemunhas serão ouvidas, as provas periciais serão requisitas, haverá juntada de documentos ou de outros *processos* etc.. A parte ou o acusado, tem que ter uma participação efetiva na formação desse conjunto probatório. Há um momento da defesa por escrito e uma decisão,

podendo haver interposição de recursos. Esse processo tem que ter o devido processo legal, que está previsto na lei, cujo rito é específico. Isto que é garantia de defesa, com a participação completa em todo desenvolvimento processual. Qualquer cerceamento do processo vai contra a garantia de defesa. Em toda esta tramitação processual, se a defesa não for garantida, haverá cerceamento dela, ocorrendo a nulidade do processo. Todos os *processos administrativos* vão ter momentos processuais gerais, definidos em fases.

Fases do Processo Administrativo

1) *Instauração* - nesta fase será apresentada uma peça escrita que vai conter uma descrição detalhada dos fatos, a indicação do direito pertinente, a identificação das pessoas, enfim, tudo para delimitar a controvérsia e permitir a ampla defesa. Essa peça escrita pode ser de iniciativa da *Administração Pública*. E quando é de iniciativa dela, pode ser feita através de uma portaria, de um auto de infração, de um auto de apreensão, de um auto de constatação, de uma representação, de um despacho de autoridade competente etc.. Essa peça pode surgir, por ex., quando um agente sanitário lavra um *auto de infração* sobre as más condições de higiene de um estabelecimento que comercializa gêneros alimentícios, ou a partir de um *auto de apreensão* sobre o comerciante que esqueceu de apresentar as notas fiscais da venda de suas mercadorias. Esses autos de infração ou de apreensão seguem as regras da *polícia administrativa*, que por sua vez dará início a um *processo administrativo*. Esse tipo de processo pode ter início a partir do particular ou do servidor público. A peça inicial será um *requerimento* ou uma *petição*. Seja através do particular ou através da *Administração Pública*, para ocorrer a instauração, haverá uma ordem da autoridade competente dizendo: "*autue-se*". A instauração é de suma importância, pois se ela for ineficiente (descrição imprecisa dos fatos, prazos e lugares indefinidos etc.) acarretará a nulidade processual, cuja ineficácia do processo vai ferir a garantia da defesa e da liberdade individual do acusado.

2- *Instrução* **-** nesta os fatos serão esclarecidos pelo *conjunto probatório*. Este será formado por depoimentos das partes, inquirições de testemunhas, inspeções pessoais, perícias técnicas, juntadas de documentos, enfim, por todas as provas permitidas pelo Direito. Nos *processos punitivos*, são as *autoridades administrativas* que formam todo o conjunto probatório. Nos *processos de controle* e *de outorga*, as provas acompanham o pedido inicial, sendo complementadas durante a tramitação processual. Deficiências na instrução que possam influir na apuração da verdade material, invalidam o processo e até mesmo o julgamento final.

3- *Defesa* **-** a defesa é um momento processual específico em que são deduzidas as razões em que se fundamenta a posição do interessado ou acusado. Em grande parte dos processos, é possível neste momento requerer-se a realização de novas provas. Quando a parte interessada as requer, a autoridade que conduz o processo tem que ter sensibilidade aguçada para evitar a cerceamento da defesa, caso venha indeferir a realização da prova solicitada, visto que a dilação probatória as vezes objetiva aquela única maneira do acusado se defender. Por outro lado, a autoridade tem que tomar cuidado para se evitar a perda do prazo (de defesa e dilação probatória). Em regra, a formulação da defesa no *processo administrativo* não exige a presença de profissional específico, em razão do informalismo. Eventuais problemas atinentes à defesa, podem acarretar a nulidade do processo.

4- *Relatório* **-** a autoridade ou comissão de autoridades que conduz o processo produz, neste momento, um relato sintético do processo, apreciando as provas, os fatos apurados e o direito debatido, e apresentando uma proposta conclusiva para a decisão da autoridade competente (a que está indicada na lei) para julgar. O *relatório* é um escrito informativo e opinativo (não é decisão) que não tem qualquer poder vinculante para a *Administração* ou para os interessados. Por ex., no P. Penal, o delegado que conduz o I.P. faz um relatório, sobre o qual o promotor pode ou não discordar. Este relatório nada mais é do que uma peça informativa e opinativa. No Processo Administrativo, o *relatório* constitui um verdadeiro resumo sobre o processo, só que não é decisão, é apenas um quadro sinóptico, sobre o qual o relator apenas emite a sua opinião. A autoridade que vai decidir o processo pode acatar integralmente ou parcialmente a sugestão do relatório. Entretanto, se divergir do relatório, deverá fundamentar a sua decisão.

5- *Julgamento* - no julgamento, a autoridade ou o Órgão Público profere uma decisão no processo, definindo a solução de uma controvérsia (a autoridade diz se o servidor era ou não culpado, sancionando ou não). A regra é a aceitação das conclusões do relatório, mas o julgador pode rejeitá-las, total ou parcialmente, porque diverge das conclusões fáticas ou porque tem interpretação diversa das normas legais aplicadas. Dentro do Direito, à cada fato se aplica uma certa regra jurídica. A história contada para uma pessoa, pode ter conotação diferente para outra, ou seja, cada pessoa tem uma interpretação, uma conclusão fática diferente. Diz-se que a palavra é deturpadora do fato real. A autoridade não pode fugir àquela circunscrição que foi feita no momento inicial, que é a acusação. Também não pode fugir da defesa e da prova produzida na motivação da decisão, porque o julgamento é vinculado ao procedimento legal. Assim, a autoridade está presa ao conteúdo do processo, se este estiver perfeitamente instruído. A autoridade tem liberdade para produzir a prova e escolher a sanção aplicável nos casos em que ela for aplicável, quando não existe a *vinculação ilícito-sanção*, já que esta é própria do D. Penal (neste, tem-se uma figura típica e uma sanção). O administrador vai ter liberdade de escolher a sanção a ser aplicada. Entretanto, há exceções. Por ex., se o servidor falta por mais de 30 dias consecutivos, a sanção é a demissão (esta é uma exceção na qual existe a vinculação ilícito-sanção).

Modalidades do Processo Administrativo

1- *Processo de expediente* - é mais simples, não tem a matéria do processo, tramita como um protocolado e é breviamente arquivado. Trata-se de um *Processo Administrativo impróprio*, ou seja, uma autuação por iniciativa do administrado ou da *Administração,* que recebe solução adequada rapidamente e sem controvérsia. Não há procedimento próprio, nem rito legal específico para ele, que recebe informações, opiniões, decisão e arquivamento. Não tem, portanto, previsão legal. A sua tramitação tem muitas vezes uma disciplina local que diverge nas várias unidades administrativas. Nestas várias unidades, acaba-se criando uma rotina para os processos de expediente. Estes vão ter a marca do local, sendo resolvidos em pouco tempo. Entretanto, a sua característica principal é não conter controvérsia. No processo de expediente não ocorre criação, alteração ou extinção de direito do administrado, do servidor ou da *Administração*. Não é sede de solução de direitos ou obrigação. As decisões nele proferidas não são vinculantes, por isso elas são irrecorríveis, mas também sem preclusão, permitindo renovação do pedido e modificação do despacho. São exemplos de processo de expediente o pedido de salário família, o pedido de certidão de tempo de serviço, a certidão para alteração de registro cadastral, o requerimento para correção de guia de recolhimento de imposto de renda etc..

2- *Processo de outorga* - contém o pedido de algum direito ou situação individual diante da *Administração Pública*. Em regra, ele tem um rito específico e não é contraditório. Excepcionalmente, pode ser contraditório quando houver oposição de terceiros ou impugnação da *Administração*. Neste caso é necessário a defesa do interessado sob pena de nulidade da decisão final. Essa decisão final será vinculante e irretratável pela *Administração*, gerando direito subjetivo ao beneficiário. Constituem exceção a tal regra os atos precários que sempre admitem modificação ou supressão sumária. Quando nos falamos dos meios de atuação do *poder de polícia*, nos vimos que a *Administração* pode controlar o exercício de um direito ou a prática de uma atividade fornecendo um *alvará de licença* ou *alvará de autorização*. O primeiro tem caráter de definitividade e cria direito oponível à *Administração*. O segundo é meramente uma liberalidade da *Administração* e não cria direito perante ela. Tanto o processo de alvará quanto o processo de porte de arma constituem *processos de outorga*. Por causa disso, a *Administração*, como regra geral, pode revogar todos os seus atos, mas quando for um alvará de licença, ela tem que indenizar. Ela pode revogar, mas tem que indenizar. Quando for um alvará de autorização, ela pode simplesmente revogar sumariamente sem nenhuma consideração com o particular. Ela pode também fazer a cassação do alvará tendo em vista a infringência na execução. Se nós tivermos um alvará aprovado para a construção de um prédio residencial e o proprietário resolver construir um prédio para escritórios no seu lugar, ele estará alterando o alvará por conta própria. Quando ele assim procede, ele enseja que a *Administração* poderá cassar esse alvará. Pode também ocorrer a anulação de alvará, se no momento de sua expedição ocorre uma nulidade, tal como pode acontecer na

falsificação da assinatura de quem o expediu. Esses são exemplos de processo de outorga. Todos os processos de *poder de polícia* têm esta característica de *processo de outorga*. No campo tributário, quando a lei tributária dispensa o pagamento de um tributo, constitui um *processo de outorga*. Da mesma forma constitui processo de outorga a isenção de imposto predial para os ex-combatentes da 2ª guerra mundial. O registro de marcas e patentes também é processo de outorga;

3- *Processo de controle* - a *Administração*, às vezes faz verificações e declara situação , direito ou conduta do administrado ou do servidor com caráter vinculante para as partes, registrando um processo de controle. Tal processo tem rito próprio e exige apresentação de defesa do interessado quando ocorrer irregularidade, sob pena de nulidade. A *Administração* usa esse processo só para registrar. Se verificar irregularidade, solicitará que a pessoa apresente a defesa. Se aceitar a defesa, fica registrada a boa conduta da pessoa. Se não aceitar a defesa, ficará registrado a má conduta dela. Esse processo de controle é também chamado de *processo de determinação* ou *de declaração*. A decisão final do processo de controle é vinculante mas não é executável porque será necessário instaurar outro processo de caráter disciplinar ou de caráter punitivo ou mesmo propor ação judicial civil ou criminal ou ainda obter pronunciamento executório de outro poder. Ele vai servir apenas como um processo probatório para um outro processo. Assim, se o servidor recebe da *Administração* uma certa quantidade de dinheiro para determinados gastos internos, deverá fazer uma prestação de contas, o que será feito através de um *processo de controle*. Da mesma forma, os governantes também têm que prestar contas das suas as arrecadações e gastos orçamentários ocorridos nas suas gestões para o Tribunal de Contas, também através de um *processo de controle*. Segundo recente decisão do STF, se houve irregularidades administrativas, mesmo que ainda não tenham sido apreciadas pelas Casas Legislativas, é possível ao MP propor ação penal contra estes ex-governantes. O MP detém essa competência para processá-los. Também, uma simples consulta fiscal de um contribuinte que tem dúvida sobre o valor de um imposto devido, é um *processo de controle*.

4- *Processo Punitivo* - o *processo punitivo* destina-se à imposição de penalidade por infração à lei, regulamento ou contrato, e é sempre promovido pela *Administração Pública*. Em regra, existe um processo legal que é contraditório e que tem que garantir a defesa sob pena de nulidade da sanção imposta. A instauração decorre de auto de infração, representação ou peça equivalente que deve conter a descrição detalhada dos atos e fatos ilegais ou administrativamente ilícitos e a indicação de norma ou convenção infringida. Tal processo é conduzido por autoridade individual ou comissão de autoridades. Os contratos celebrados pela Administração contém cláusulas de sanções para os casos de haver descumprimento de suas regras, podendo ocorrer repreensão, suspensão e até mesmo rescisão contratual, como penalidade imposta ao particular. Entretanto, esse poder punitivo da Administração deve observar rigorosamente o procedimento legal, ou seja, de acordo com o inc. LIV do art. 5° da CF, "*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". Também deve ser garantido ao infrator o exercício da ampla defesa, com fundamento no art. 5° , inc. LV da CF, ou seja, "*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*". As sanções no *poder punitivo* estarão especificadas na lei, no decreto ou no contrato. Podem ser elas a *demissão*, a *multa*, a *demolição de obra*, o *fechamento de estabelecimento* etc. São sanções *privativas do poder de polícia* do Estado. Na maior parte das vezes, a escolha das sanções é uma atividade discricionária da autoridade competente, que tem liberdade para produzir a prova e escolher a sanção aplicável nos casos em que ela for aplicável, quando não existe a *vinculação ilícito-sanção*, já que esta é própria do D. Penal. Dentro do Direito Administrativo, todo *poder de polícia* sempre vai poder ensejar um *processo punitivo*.